



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2005, Vol. 4, Part 2

2005, Vol. 4, 2^e fascicule

Cited as [2005] 4 F.C.R., 229-471

Renvoi [2005] 4 R.C.F., 229-471

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

LEGAL EDITORS

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

PRODUCTION STAFF

Production Manager
LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Publications Specialist
DIANE DESFORGES

Production Coordinator
LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant
PIERRE LANDRIAULT

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

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

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

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

ARRÊTISTES

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications
DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, production
LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition
PIERRE LANDRIAULT

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

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

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

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

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

Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Courts Reports should be referred to: Publishing and Depository Services, Public Works and Government Services Canada, Ottawa, Ontario K1A 0S5; Tel: 1-800-635-7943 (Canada & U.S.); Tel: (613) 941-5995; Fax: 1-800-565-7757 (Canada & U.S.); Fax: (613) 954-5779; E-mail: publications@pwgsc.gc.ca <mailto:publications@pwgsc.gc.ca>

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

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

CONTENTS

Digests D-17

AB Hassle v. Apotex Inc. (F.C.) 229

Patents—Practice—Drug patent holder seeking declaration letter from generic producer not notice of allegation (NOA) within Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations—Patent for enteric coated omeprazole, ulcer treatment—Invention disclosed inert subcoating between core, outer coating—Generic previously made NOA, alleging non-infringement but F.C. Judge held NOA non-compliant, prohibited Minister from issuing notice of compliance (NOC)—Decision affirmed by F.C.A.—Generic made fresh NOA, alleging non-infringement, invalidity of patent—Nature of Regulations, s. 6 application—Sufficiency of NOA—Submitted that NOA silent on argument now raised, generic could not expand grounds by evidence, argument—Generic’s assertion: its product in accordance with prior art—Generic had put patent’s construction into play—Contents of NOA, detailed statement, considered—Generic made no reference in NOA to non-infringing subcoat in context now brought

Continued on next page

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

Les avis de changement d’adresse (avec indication de l’adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l’abonnement au Recueil, doivent être adressés à: Éditions et services de dépôt, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, Direction générale des services d’information du gouvernement, Ottawa (Ontario) K1A 0S5; Téléphone: 1-800-635-7943 (Canada & É.-U.); Téléphone: (613) 941-5995; Télécopieur: 1-800-565-7757 (Canada & É.-U.); Télécopieur: (613) 954-5779; Courriel: publications@tpsgc.gc.ca <mailto:publications@tpsgc.gc.ca>

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

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

SOMMAIRE

Fiches analytiques F-23

AB Hassle c. Apotex Inc. (C.F.) 229

Brevets—Pratique—Le détenteur d’un brevet relatif à un médicament demande une déclaration portant que la lettre du fabricant de génériques n’est pas un avis d’allégation au sens du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—Brevet pour oméprazole à enrobage gastrorésistant pour le traitement des ulcères—L’invention décrite est un sous-enrobage inerte entre le noyau d’oméprazole et l’enrobage gastrorésistant—Le fabricant de génériques a déjà fourni un avis d’allégation où il alléguait l’absence de contrefaçon, mais un juge de la Cour fédérale a jugé l’avis d’allégation non conforme, et empêché le ministre de délivrer l’avis de conformité (AC)—Décision confirmée par la C.A.F.—Le fabricant de génériques a remis un nouvel avis d’allégation, alléguant l’absence de contrefaçon, l’invalidité du brevet—Nature de la demande visée à l’art. 6 du Règlement—Suffisance de l’avis d’allégation—On fait valoir que l’avis d’allégation étant muet sur le moyen soulevé, le fabricant de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

forward—F.C.A. having construed patent, generic seeking to revisit matter in lower Court—NOA, as framed, turned on construction since determined against it by F.C.A.—Generic not allowed to supplement NOA by evidence for which no basis in NOA—Detailed consideration of issue estoppel, ground argued by applicant, AstraZeneca—Whether infringement issue determined in earlier proceeding—Generic failing to explain why did not put best foot forward in earlier proceeding—Splitting case not permitted—Not entitled to second chance—As to whether Court should exercise discretion not to apply issue estoppel, Court having regard to public interest in finality of litigation, preservation of justice system's credibility—Apart from issue estoppel, generic's NOA also amounted to abuse of process—Application allowed.

Judges and Courts—Patented medicine litigation— Court's power to prevent relitigation extending beyond *res judicata* doctrine—Judges have inherent, residual discretion to prevent abuse of Court's process that is not encumbered by issue estoppel requirements—Concern for principles of judicial economy, consistency, finality, integrity of justice administration—Case at bar not one in which relitigation would enhance, not impeach, integrity of judicial system.

Aventis Pharma Inc. v. Pharmascience Inc. (F.C.) . 301

Patents—Infringement—Pharmascience seeking Notice of Compliance (NOC) for angiotensin-converting enzyme (ACE) inhibitor, ramipril—Aventis seeking to prohibit Minister from granting NOC—Overarching issue: whether non-infringement allegation in notice of allegation (NOA) justified—Questions for determination: (1) adequacy of NOA; (2) whether certain patent claims amount to double patenting; (3) justification of allegation Pharmascience will not infringe claims to use drug for cardiac insufficiency—Relevant patents, patent laws

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

génériques ne peut pas élargir ses motifs au moyen de la preuve ou de l'argumentation—Assertion du fabricant de génériques: son produit est conforme à l'état antérieur de la technique—Le fabricant de génériques a mis en cause l'interprétation du brevet—Le contenu de l'avis d'allégation et de l'énoncé détaillé sont pris en considération—Dans son avis d'allégation, le fabricant de génériques n'a fait aucune mention d'un sous-enrobage non contrefait dans le contexte visé par la présente instance—La C.A.F. a interprété le brevet; le fabricant de génériques tente de faire réexaminer la question par un tribunal inférieur—Dans sa formulation actuelle, l'avis d'allégation s'appuie sur une interprétation qui a été rejetée par la C.A.F.—Le fabricant de génériques n'est pas autorisé à compléter l'avis d'allégation avec des preuves qui n'ont aucun fondement dans l'avis d'allégation—Examen détaillé du principe de préclusion, motif allégué par la demanderesse AstraZeneca—La question de contrefaçon a-t-elle été décidée lors de l'instance précédente?—Le fabricant de génériques est incapable d'expliquer son incapacité à présenter ses meilleurs arguments lors de l'instance précédente—Il n'est pas permis de scinder la demande—On ne saurait autoriser une seconde chance—Sur le point de savoir si elle devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer le principe de préclusion, la Cour considère que le caractère définitif des décisions judiciaires est d'intérêt public, et qu'il faut préserver la crédibilité du système de justice—Indépendamment de la question de la préclusion, l'avis d'allégation du fabricant de génériques équivaut à un abus de procédure—Demande accueillie.

Juges et tribunaux—Litige relatif à des médicaments brevetés—Le pouvoir des tribunaux d'empêcher la réouverture des litiges dépasse les limites de la doctrine de la chose jugée—Pour empêcher les abus de procédure, les juges disposent d'un pouvoir discrétionnaire résiduel inhérent qui ne s'encombre pas des exigences liées à la préclusion—Souci des principes d'économie, de cohérence, de caractère définitif des instances et d'intégrité de l'administration de la justice— La présente affaire ne constitue pas un cas où la remise en cause pourrait servir l'intégrité du système judiciaire plutôt que lui porter préjudice.

Aventis Pharma Inc. c. Pharmascience Inc. (C.F.) . 301

Brevets—Contrefaçon—Pharmascience sollicite un avis de conformité pour le ramipril, un inhibiteur de l'enzyme de conversion de l'angiotensine (ECA)—Aventis sollicite une ordonnance interdisant au ministre de délivrer l'avis de conformité—Question fondamentale en litige: l'allégation de non-contrefaçon dans l'avis d'allégation est-elle fondée?—Questions à trancher: 1) la suffisance de l'avis d'allégation; 2) certaines revendications entraînent-elles un double brevet; 3) l'allégation selon laquelle Pharmascience ne contrefera pas les

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

considered—Purpose of NOA—NOA inadequate for failure to assert adequate facts to justify non-infringement allegation—Lengthy obiter analysis, discussion of double patenting—Whether double patenting where different patentees—Concept of “evergreening” discussed—Determination of priority dates—Effect of licence agreement—Expert evidence considered as to date for assessing obviousness double patenting argument—Date of invention versus date of patent—In absence of Canadian case law on point, Court applying American case *In re Braat*, 937 F. 2d 589—Prohibition order granted.

Figurado v. Canada (Solicitor General) (F.C.) 387

Citizenship and Immigration—Judicial Review—Federal Court Jurisdiction—Pre-removal risk assessment (PRRA) officer’s decision applicant not Convention refugee, person in need of protection—Applicant Tamil from Sri Lanka—F.C. having denied stay, applicant removed—Whether application moot; if so, whether Court should exercise discretion to entertain application—Whether removal rendered nugatory any remedy F.C. could grant—Review of case law on whether removal rendering judicial review application moot or remedy under Federal Courts Act, s. 18.1(3) nugatory—Law now that Court’s power to order return restricted by IRPA, s. 52(1)—F.C. lacks power to direct PRRA officer to grant protection application unless negative decision based on error of law—While removal rendering judicial review moot, nugatory, F.C. retaining discretion to decide on irreparable harm, may grant stay to prevent—Nature, purpose of PRRA process, explained—Parliamentary intent—Redetermination of no practical effect if deportee killed—Canada unable to protect those outside jurisdiction—F.C. departing from adjudicative role if ordering reconsideration after removal—Would establish new category of persons in need of protection—No reviewable error by PRRA officer.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

revendications concernant l’utilisation du médicament pour le traitement de l’insuffisance cardiaque est-elle fondée?—Examen des brevets pertinents et de la législation sur les brevets—Rôle de l’avis d’allégation—L’avis d’allégation est insuffisant parce qu’il n’expose pas des faits permettant de justifier l’allégation de non-contrefaçon—Longue analyse formulée en remarque incidente, examen du principe du double brevet—Y a-t-il double brevet lorsque les brevetés sont différents?—Analyse du concept du «renouvellement à perpétuité»—Détermination des dates de priorité—Effet du contrat de licence—Examen des témoignages des experts quant à la date à laquelle il convient d’apprécier l’argument fondé sur le double brevet relatif à une évidence—Date de l’invention par rapport à date du brevet—En l’absence d’une jurisprudence canadienne sur ce point, la Cour a appliqué la décision américaine *In re Braat*, 937 F.2d 589—Ordonnance d’interdiction accordée.

Figurado c. Canada (Solliciteur général) (C.F.) . . . 387

Citoyenneté et immigration—Contrôle judiciaire—Compétence de la Cour fédérale—Décision de l’agent d’examen des risques avant renvoi (ERAR) selon laquelle le demandeur n’est pas un «réfugié au sens de la Convention», ni une «personne à protéger»—Le demandeur est un Tamoul, citoyen du Sri Lanka—La Cour fédérale a rejeté la requête en sursis et le demandeur a été renvoyé—La Cour devait déterminer si la demande était théorique et, le cas échéant, déterminer si elle devait exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre l’affaire—Elle devait également déterminer si le renvoi rendait inutile toute réparation accordée par la Cour—Examen de la jurisprudence pour décider si le renvoi a pour effet de rendre sans objet une demande de contrôle judiciaire, ou inutile toute réparation que pourrait accorder la Cour fédérale en vertu de l’art. 18.1(3) de la Loi sur les Cours fédérales—Aujourd’hui, la compétence de la Cour pour ordonner le retour est restreinte par l’art. 52(1) de la LIPR—La Cour fédérale n’a pas compétence pour enjoindre l’agent ERAR à accueillir la demande de protection à moins que sa décision négative soit fondée sur une erreur de droit—Bien que le renvoi ait rendu le contrôle judiciaire sans objet ou inutile, la Cour fédérale conserve la compétence de déterminer s’il y a préjudice irréparable et d’accorder un sursis pour l’éviter—Explications sur la nature et l’objet du processus ERAR—Intention du législateur—La décision d’un nouvel ERAR ne sera pas utile si le demandeur renvoyé a été tué—Le Canada ne peut assurer la protection d’une personne qui se trouve en dehors de ses frontières—La Cour fédérale s’écarterait de son rôle juridictionnel si elle ordonnait un nouvel examen après le renvoi—Cela constituerait une nouvelle catégorie de personne à protéger—L’agent ERAR n’a commis aucune erreur susceptible de révision.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Practice—Mootness—Judicial review of pre-removal risk assessment officer's decision applicant not Convention refugee—F.C. denied stay, applicant removed—Whether application moot, if so, whether F.C. should exercise discretion to entertain—Case law not unanimous on point—Review, exposition of law—Impact of relevant legislation, considered—Whether deportation abrogates all statutory rights—Recent F.C.A. decision, recognized removal renders application moot—Three *Borowski v. Canada (Attorney General)* criteria for exercise of discretion not all met—Court, however, acceding to both sides' wishes application be determined on merits.

Ford Aquitaine Industries SAS v. Canmar Pride (The) (F.C.) 441

Maritime Law—Carriage of Goods—Appeal from Prothonotary's decision staying Federal Court action for loss of, damage to cargo—Clause in transportation agreement between Ford, Orient Overseas Container Line Ltd. (OOCL) stipulating applicable law that of Michigan—Ford instituting action in U.S. District Court—In defence to that action, OOCL claiming U.S. Carriage of Goods by Sea Act (COGSA), under which amount of damages available to Ford much lower than those available under Hague-Visby Rules, applying—Ford commencing action in Canada—Request to have U.S. action discontinued denied—Motion in U.S. Court to dismiss OOCL's counterclaim also denied, as Ford not articulating factors supporting Canadian court being proper jurisdiction—Prothonotary finding U.S. action parallel action before appropriate forum, Ford not establishing enjoyment in Canada of juridical advantage not available in U.S.—As decision under appeal raising questions vital to final determination of case, Prothonotary's discretion exercised *de novo*—*Forum non conveniens* discretionary doctrine recognizing possible more than one forum for action, possible to decline exercise of jurisdiction on ground more appropriate forum exists—Approach, principles deriving from case law summarized—Factors to consider when determining most appropriate forum listed—Loss of juridical advantage factor to be weighed with others—Ford not establishing loss of advantage of higher damages if action proceeding in U.S.—COGSA not applying automatically, no determination made by U.S. Court in relation to applicability of COGSA—Existence of parallel proceedings in U.S., desirability of avoiding unnecessary expenses or conflicting decisions; respect, on basis of comity, of U.S. Court decision re: *forum non conveniens*; fact many issues in present case relating to U.S. law all favouring stay on basis of

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Pratique—Caractère théorique—Contrôle judiciaire de la décision de l'agent d'examen des risques avant renvoi selon laquelle le demandeur n'était pas un «réfugié au sens de la Convention»—La Cour fédérale a rejeté la requête en sursis et le demandeur a été renvoyé—La Cour doit décider si la demande est théorique et, le cas échéant, si elle doit exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre l'affaire—La jurisprudence n'est pas unanime sur cette question—Examen et exposé du droit —Examen de l'incidence des dispositions législatives applicables—Il convient de déterminer si l'expulsion d'une personne écarte les droits accordés par la loi —Dans une décision récente de la C.A.F., il a été décidé que le renvoi rendait la demande théorique—Il n'a pas été satisfait aux trois critères de l'arrêt *Borowski c. Canada (Solliciteur général)* en matière d'exercice du pouvoir discrétionnaire—La Cour a toutefois accepté, à la demande des deux parties, d'examiner la demande sur le fond.

Ford Aquitaine Industries SAS c. Canmar Pride (Le) (C.F.) 441

Droit maritime—Transport de marchandises—Appel de la décision du protonotaire suspendant l'action devant la Cour fédérale pour perte ou dommages relativement aux marchandises transportées—Une clause contractuelle de l'entente de services de transport entre Ford et Orient Overseas Container Line Ltd. (OOCL) établissait que le droit applicable serait celui de l'État du Michigan—Ford a intenté une action devant la U.S. District Court—En défense à cette action, l'OOCL allègue que la Carriage of Goods by Sea Act des États-Unis (COGSA), en vertu de laquelle Ford avait droit à des dommages-intérêts beaucoup moins élevés que ceux octroyés par les Règles La Haye-Visby, s'applique—Ford a introduit une action au Canada—La demande visant le désistement de l'action aux États-Unis a été rejetée—La requête présentée par Ford à la cour américaine qui visait à faire rejeter la demande reconventionnelle a également été rejetée au motif que Ford n'avait pas exprimé les facteurs appuyant le choix du tribunal canadien pour l'instruction de l'affaire—Le protonotaire s'est dit d'avis que l'action intentée aux États-Unis constituait une action parallèle devant un tribunal approprié, Ford n'a pas démontré qu'elle bénéficierait au Canada d'un avantage juridique auquel elle n'aurait pas accès aux États-Unis—Comme les questions qui sont au centre de la décision contestée du protonotaire sont cruciales pour l'issue du dossier, le pouvoir discrétionnaire du protonotaire doit être exercé *de novo*—La doctrine du *forum non conveniens* reconnaît qu'il peut y avoir plus d'un tribunal en mesure d'assumer ou d'exercer la compétence et que le tribunal peut refuser d'exercer cette compétence au motif qu'il existe un tribunal plus approprié pour connaître de l'action ou l'instruire—Un résumé de l'approche et des principes tirés de la jurisprudence a été énoncé—Liste des facteurs qui peuvent

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

forum non conveniens—Appeal dismissed.

Practice—Stay of Proceedings—Appeal from Prothonotary's decision staying Federal Court action for loss of, damage to cargo—Parallel actions commenced in U.S. District Court, Federal Court—U.S. District Court refusing to discontinue action—Prothonotary holding Federal Courts Act, s. 50(1)(a), permitting stay of proceedings on ground claim being proceeded with in another jurisdiction, applied—Appeal dismissed—Principles guiding decision whether to stay action on ground of *forum non conveniens*, factors for determining most appropriate forum reviewed, applied.

Conflict of Laws—Appeal from Prothonotary's decision staying Federal Court action for loss of, damage to cargo—Parallel actions commenced in U.S. District Court, Federal Court—U.S. District Court refusing to discontinue action—Prothonotary applying criteria set out by B.C.C.A. in *Westec Aeospace Inc. v. Raytheon Aircraft Co.*, holding Ford not establishing juridical advantage in Canada—*Westec* should not have set up loss of juridical advantage as separate test—Principles guiding decision whether to stay action on ground of *forum non conveniens*, factors for determining most appropriate forum reviewed, applied—Appeal dismissed.

Hassanzadeh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) 430

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Judicial review of Immigration and

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

être pris en considération pour décider du tribunal le plus approprié pour l'action—La question de savoir si le refus d'exercer la compétence priverait le demandeur d'un avantage juridique n'est pas déterminante en soi—Ford n'a pas établi qu'elle perdait l'avantage de dommages-intérêts plus élevés aux États-Unis—La COGSA ne s'applique pas automatiquement, la U.S. District Court n'a pas statué sur l'applicabilité de la COGSA—L'existence d'instances parallèles aux États-Unis, la volonté d'éviter des frais superflus ou des décisions incompatibles; le respect, au nom de la courtoisie, de la décision de la cour américaine en ce qui concerne la doctrine du *forum non conveniens*; le fait qu'un bon nombre des questions en litige en l'espèce font intervenir le droit américain sont tous des facteurs en faveur d'une suspension sur le fondement de la doctrine du *forum non conveniens*—Appel rejeté.

Pratique—Suspension d'instance—Appel de la décision du protonotaire suspendant l'action devant la Cour fédérale pour perte ou dommages relativement aux marchandises transportées—Actions parallèles instituées devant la U.S. District Court et la Cour fédérale—La U.S. District Court a refusé le désistement de l'action—Le protonotaire a statué que l'art. 50(1)a) de la Loi sur les Cours fédérales, qui confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire de suspendre une instance dont elle est saisie, s'appliquait—Appel rejeté—Examen et application des principes qui devraient orienter l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'accorder une suspension ou non sur le fondement du *forum non conveniens* et des facteurs devant être pris en considération pour décider du tribunal le plus approprié pour l'action.

Conflit de lois—Appel de la décision du protonotaire suspendant l'action devant la Cour fédérale pour perte ou dommages relativement aux marchandises transportées—Actions parallèles instituées devant la U.S. District Court et la Cour fédérale—La U.S. District Court a refusé le désistement de l'action—Le protonotaire a appliqué les critères acceptés par la C.A.C.-B. dans *Westec Aeospace Inc. c. Raytheon Aircraft Co.*, et conclu que Ford n'avait pas établi qu'elle bénéficierait au Canada d'un avantage juridique—Il ne convenait pas d'établir dans *Westec*, la perte d'un avantage juridique comme critère distinct—Examen et application des principes qui devraient orienter l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'accorder une suspension ou non sur le fondement du *forum non conveniens* et des facteurs devant être pris en considération pour décider du tribunal le plus approprié pour l'action—Appel rejeté.

Hassanzadeh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.F.) 430

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Contrôle judiciaire du refus de la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Refugee Board, Immigration Division's refusal to adjourn admissibility hearing pending applicant's Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 34(2) ministerial relief application—Applicant unsuccessful refugee claimant whose subsequent permanent residence application on humanitarian, compassionate grounds approved in principle in 1997—Now subject of report alleging inadmissibility on grounds of national security under IRPA, s. 34(1)*f*—Applicant filing request for ministerial relief, seeking adjournment of admissibility hearing pending outcome of request—Contrary to former Immigration Act, no restriction in statutory language as to when Minister's discretion can be exercised—In most instances, preferable evidence presented, fact-finding conducted by Board before discretionary relief application considered—Application dismissed.

Jaballah (Re) (F.C.) 359

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Judicial review of lawfulness of Minister's delegate's decision refusing Immigration and Refugee Protection Act, s. 112 protection application on basis Mr. Jaballah posing extraordinary danger to security of Canada—Record before delegate including Canadian Security Intelligence Service security intelligence report, public summary statements, CSIS officer's testimony, but not reference documents, appendices footnoted in report, statements—Without these documents, appendices, delegate could not make independent, proper assessment of threat to Canada's security—Delegate could not rely on Court's earlier determination Ministers' certificate reasonable as that determination struck by F.C.A.—Delegate not adequately defining, explaining danger to Canada as required under Act, s. 113(*d*)(ii)—Delegate's assessment of exceptional circumstances justifying deportation to torture making no reference to circumstances facing Canada as a nation, warranting exception from Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 protection—No reference to balancing of fundamental rights, s. 1 exception—Failure to consider such factors relevant to determination Mr. Jaballah a danger error in law—Decision not adequately taking into account best interests of Mr. Jaballah's children, as required under Act, s. 25—Application allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié d'ajourner l'enquête sur l'interdiction de territoire en attendant l'issue de la demande de dispense dont le demandeur avait saisi le ministre en vertu de l'art. 34(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la LIPR)—Le demandeur, dont la demande d'asile avait été rejetée, avait présenté en 1997 une demande de résidence permanente fondée sur des raisons d'ordre humanitaire qui avait été approuvée en principe—Il fait maintenant l'objet d'un rapport selon lequel il devrait être interdit de territoire pour raison de sécurité nationale en vertu de l'art. 34(1)*f* de la LIPR—Le demandeur a saisi le ministre d'une demande de dispense et a réclamé l'ajournement de l'enquête portant sur son interdiction de territoire en attendant l'issue de sa demande de dispense—Contrairement à l'ancienne Loi sur l'immigration, on ne trouve pas dans la LIPR de restriction quant au moment où le ministre peut exercer son pouvoir discrétionnaire—Dans la plupart des cas, il est préférable que la preuve soit présentée et que la Commission constate les faits avant que le ministre ne se penche sur la demande de dispense discrétionnaire—Demande rejetée.

Jaballah (Re) (C.F.) 359

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Contrôle judiciaire de la légalité de la décision du représentant du ministre qui a rejeté la demande de protection déposée en vertu de l'art. 112 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés au motif que M. Jaballah représente un danger exceptionnel pour la sécurité au Canada—Le dossier dont disposait le représentant comprenait un Rapport sur les renseignements de sécurité préparé par le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS), des résumés publics, le témoignage public de l'agent du SCRS, mais aucun des documents de référence et annexes mentionnés dans les notes en bas de page du rapport et des résumés—Sans ces documents et annexes, le représentant ne pouvait faire une évaluation indépendante et adéquate du danger que M. Jaballah représentait pour la sécurité du Canada—Le représentant ne devait pas appuyer sa position sur la décision antérieure de la Cour déterminant que le certificat des ministres était raisonnable puisque cette décision a été invalidée par la C.A.F.—Le représentant n'a pas correctement défini ni expliqué la menace pour le Canada conformément à l'art. 113(*d*)(ii)—Lors de son évaluation des circonstances exceptionnelles justifiant l'expulsion malgré un risque de torture; le représentant n'a pas fait mention des circonstances qui menaceraient le Canada en tant que nation qui justifieraient de déroger à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés—Absence de pondération des droits fondamentaux ou d'examen des éléments de preuve qui justifieraient une exception à l'art. premier de la Charte—L'omission de tenir compte de certains facteurs pertinents pour décider que M.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Métis National Council of Women v. Canada (Attorney General) (F.C.) 272

Constitutional Law—Charter of Rights—Aboriginal Peoples—Applicants challenging exclusion from Aboriginal job creation, training program set up to address unemployment among Aboriginal peoples—Whether respondent violated Charter, ss. 15, 28 by excluding applicants from employment programs—Applicants must demonstrate Métis women have encountered difficulties accessing programming, funding under Métis National Council (MNC) national framework structure—No evidence Métis women treated differently on basis of gender, not properly represented by MNC—No evidence of level of support for Métis National Council of Women (MNCW) by Métis Women.

Constitutional Law—Charter of Rights—Equality Rights—Applicants submitting exclusion from Aboriginal job creation and training program violation of right to equality under Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 28—Principles governing s. 15 analysis—Whether program imposes differential treatment between claimants, others in purpose, effect—Appropriate comparator group Métis men able to access employment programming, funding through Métis National Council (MNC), affiliates—S.C.C. decision in *Native Women's Assn. of Canada v. Canada* applied—No evidence MNC failed to properly represent interests of Métis women—No evidence of level of support for MNCW by Métis women—Applicants failed to establish differential treatment by HRDC against Métis women, individual applicant.

Practice—Mootness—Crown submitting case moot as particular program challenged by applicants ended in March 1999—Test for mootness set out by S.C.C. two-fold—First branch of test met as no longer concrete dispute between parties concerning Post-Pathways program—As to second branch of test, even if dispute has disappeared, Court exercised discretion to decide application on merits because ruling by

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Jaballah représente un danger constitue une erreur de droit—La décision ne tient pas suffisamment compte des intérêts supérieurs des enfants de M. Jaballah, comme l'exige l'art. 25 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés—Demande accueillie.

Conseil national des femmes métisses c. Canada (Procureur général) (C.F.) 272

Droit constitutionnel—Charte des droits—Peuples autochtones—Les demandeurs contestaient leur exclusion d'un programme de formation et de création d'emplois pour les Autochtones qui avait été institué pour lutter contre le chômage parmi les populations autochtones—Le défendeur a-t-il contrevenu aux art. 15 et 28 de la Charte, en excluant les demandeurs des programmes d'accès à l'emploi?—Les demandeurs devaient démontrer que les femmes métisses avaient eu de la difficulté à se prévaloir de programmes ou d'un soutien financier dans la structure nationale du Ralliement national des Métis (RNM)—Il n'a pas été établi que les femmes métisses ont été traitées différemment en raison de leur sexe ou qu'elles n'étaient pas adéquatement représentées par le RNM—La preuve n'a pas été faite du niveau de soutien apporté par les femmes métisses au Conseil national des femmes métisses (CNFM).

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits à l'égalité—Les demandeurs faisaient valoir que leur exclusion d'un programme de formation et de création d'emplois pour les Autochtones constituait une violation des droits à l'égalité garantis par les art. 15 et 28 de la Charte canadienne des droits et libertés—Analyse des principes régissant l'art. 15—Le programme impose-t-il une différence de traitement entre les réclamants et les autres, quant à son objet ou son effet?—Le groupe de référence à retenir était les hommes métis qui avaient la possibilité d'accéder, grâce au RNM ou à ses affiliés, aux programmes d'accès à l'emploi et aux fonds qui s'y rapportaient—Application de l'arrêt rendu par la C.S.C. dans l'affaire *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*—Il n'a pas été établi que le RNM n'avait pas représenté adéquatement les intérêts des femmes métisses—Absence de preuve de l'appui des femmes métisses au CNFM—Les demandeurs n'ont pas établi que DRHC a appliqué un traitement différent à l'encontre des femmes métisses ou de la demanderesse.

Pratique—Caractère théorique—La Couronne a fait valoir que l'affaire était théorique parce que le programme particulier qui était contesté par les demandeurs avait pris fin en mars 1999—Le principe du caractère théorique d'un différend, exposé par la C.S.C., répond à un double critère—Le premier volet du critère était observé puisqu'il n'existait plus de différend concret entre les parties à propos de la Stratégie

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Court could have practical impact for applicants under subsequent program.

Practice—Parties—Applicant in case seeking declaration breach of Charter, s. 15 equality rights dying before case heard—Estate seeking to continue application—Charter, s. 15 claim inherently personal—Estate not permitted to continue Charter, s. 15 challenge.

Murdoch v. Royal Canadian Mounted Police (F.C.) 340

Privacy—Judicial review of Privacy Commissioner's decision no penalty available to applicant under Privacy Act for respondent's unauthorized breach of privacy—Respondent providing file relating to applicant's behaviour at scene of incident involving son to employer—Applicant filing complaint with Privacy Commissioner—Commissioner determining applicant's wrongful disclosure complaint well-founded, but holding no further remedy available as no penalty under Act for such violation—Act, ss. 35(1), (2) requiring Commissioner provide report of findings, recommendations to head of appropriate government institution, complainant when complaint well-founded—Commissioner's power limited to what legislator decided it be, i.e. power of recommendation (offering of non-binding advice)—Federal Court's powers to grant remedies restricted to powers conferred on Commissioner—Commissioner complying with Act, ss. 35(1), (2), not erring in refusing to provide penalty—No further remedy available in F.C.—Application dismissed.

Construction of Statutes—Whether Privacy Commissioner having power to fashion remedies for unauthorized breaches of Privacy Act beyond those specified in Act—Act making it clear Commissioner limited to power of recommendation—Nothing in Act suggesting "recommendation" includes anything other than non-binding advice—Courts not to add powers to statutory body's jurisdiction where provisions of Act clear, not subject to interpretation—Privacy Act making it clear Commissioner ombudsperson capable of making

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

postérieure aux Chemins de la réussite—Quant au deuxième volet du critère, même si le différend a disparu, la Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire de juger la demande au fond parce que sa décision pouvait avoir des conséquences pratiques pour les demandeurs dans un programme ultérieur.

Pratique—Parties—Une demanderesse qui avait sollicité un jugement déclaratoire concluant à la violation de l'art. 15 de la Charte, lequel garantit les droits à l'égalité, est décédée avant que l'affaire soit instruite—Sa succession souhaitait être autorisée à continuer la demande en son nom—Les droits conférés par l'art. 15 de la Charte sont éminemment personnels—La succession n'a pas été autorisée à poursuivre la demande fondée sur l'art. 15 de la Charte.

Murdoch c. Gendarmerie Royale du Canada (C.F.) 340

Protection des renseignements personnels—Contrôle judiciaire de la décision du commissaire à la protection de la vie privée du Canada suivant laquelle le demandeur n'avait droit à aucune pénalité en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels pour réparer l'atteinte au droit à la vie privée dont il avait été victime de la part de la défenderesse—La défenderesse avait communiqué à l'employeur du demandeur un dossier concernant le comportement du demandeur sur les lieux d'un incident impliquant son fils—Le demandeur a déposé une plainte auprès du commissaire à la protection de la vie privée—Le commissaire a jugé la plainte de divulgation illicite bien fondée, mais a informé le demandeur qu'il ne pouvait obtenir aucune autre réparation, étant donné qu'aucune pénalité ne pouvait être infligée en vertu de la Loi pour réparer cette atteinte—Aux termes des art. 35(1) et (2) de la Loi, lorsqu'il conclut au bien-fondé de la plainte, le commissaire est tenu de rendre compte de ses conclusions et de ses recommandations au responsable de l'institution fédérale compétente ainsi qu'au plaignant—Les pouvoirs du commissaire se limitent à ceux que le législateur lui a assignés, c.-à-d. des pouvoirs de recommandation (non obligatoires)—Les pouvoirs de réparation de la Cour fédérale se limitent à ceux conférés au commissaire—Le commissaire s'est conformé aux art. 35(1) et (2) et il n'a pas commis d'erreur en refusant d'infliger une pénalité—La Cour fédérale ne peut accorder aucune autre réparation—Demande rejetée.

Interprétation des lois—Le commissaire à la protection de la vie privée a-t-il le pouvoir d'accorder de son propre chef d'autres réparations que celles qui sont précisées dans la Loi?—Il ressort à l'évidence de la Loi que le commissaire est investi d'un pouvoir de recommandation limité—Rien dans la Loi ne permet de penser qu'un pouvoir de recommandation comporte quelque chose de plus que le fait de donner un conseil qui n'a aucun caractère obligatoire—La Cour ne doit pas élargir la compétence d'un organisme constitué par la loi

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

recommendations, not adjudicative body capable of granting damages—Reading in remedy of compensation contrary to legislator’s intention.

SOMMAIRE (Fin)

lorsque les dispositions législatives créant cet organisme sont claires et ne prêtent à aucune interprétation—Le législateur voulait de toute évidence que le commissaire agisse comme un protecteur du citoyen et non comme un organisme juridictionnel habilité à accorder des dommages-intérêts— Intégrer par interprétation large une réparation d’indemnisation irait à l’encontre de la volonté du législateur.

**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2005, Vol. 4, Part 2

2005, Vol. 4, 2^e fascicule

T-1878-02
2005 FC 234

T-1878-02
2005 CF 234

AB Hassle, AstraZeneca AB and AstraZeneca Canada Inc. (Applicants)

AB Hassle, AstraZeneca AB et AstraZeneca Canada Inc. (demanderesses)

v.

c.

Apotex Inc. and The Minister of Health (Respondents)

Apotex Inc. et le ministre de la Santé (défendeurs)

INDEXED AS: AB HASSLE v. APOTEX INC. (F.C.)

RÉPERTORIÉ: AB HASSLE c. APOTEX INC. (C.F.)

Federal Court, Layden-Stevenson J.—Vancouver, December 14, 15, 16 and 17, 2004; Ottawa, February 14, 2005.

Cour fédérale, juge Layden-Stevenson—Vancouver, 14, 15, 16 et 17 décembre 2004; Ottawa, 14 février 2005.

Patents — Practice — Drug patent holder seeking declaration letter from generic producer not notice of allegation (NOA) within Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations — Patent for enteric coated omeprazole, ulcer treatment — Invention disclosed inert subcoating between core, outer coating— Generic previously made NOA, alleging non-infringement but F.C. Judge held NOA non-compliant, prohibited Minister from issuing notice of compliance (NOC) — Decision affirmed by F.C.A. — Generic made fresh NOA, alleging non-infringement, invalidity of patent — Nature of Regulations, s. 6 application — Sufficiency of NOA — Submitted that NOA silent on argument now raised, generic could not expand grounds by evidence, argument — Generic's assertion: its product in accordance with prior art — Generic had put patent's construction into play— Contents of NOA, detailed statement, considered — Generic made no reference in NOA to non-infringing subcoat in context now brought forward — F.C.A. having construed patent, generic seeking to revisit matter in lower Court — NOA, as framed, turned on construction since determined against it by F.C.A. — Generic not allowed to supplement NOA by evidence for which no basis in NOA — Detailed consideration of issue estoppel, ground argued by applicant, AstraZeneca — Whether infringement issue determined in earlier proceeding — Generic failing to explain why did not put best foot forward in earlier proceeding — Splitting case not permitted — Not entitled to second chance — As to whether Court should exercise discretion not to apply issue estoppel, Court having regard to public interest in finality of litigation, preservation of justice system's credibility — Apart from issue estoppel, generic's NOA also amounted to abuse of process — Application allowed.

Brevets — Pratique — Le détenteur d'un brevet relatif à un médicament demande une déclaration portant que la lettre du fabricant de génériques n'est pas un avis d'allégation au sens du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) — Brevet pour oméprazole à enrobage gastrorésistant pour le traitement des ulcères — L'invention décrite est un sous-enrobage inerte entre le noyau d'oméprazole et l'enrobage gastrorésistant — Le fabricant de génériques a déjà fourni un avis d'allégation où il alléguait l'absence de contrefaçon, mais un juge de la Cour fédérale a jugé l'avis d'allégation non conforme, et empêché le ministre de délivrer l'avis de conformité (AC) — Décision confirmée par la C.A.F. — Le fabricant de génériques a remis un nouvel avis d'allégation, alléguant l'absence de contrefaçon, l'invalidité du brevet — Nature de la demande visée à l'art. 6 du Règlement — Suffisance de l'avis d'allégation — On fait valoir que l'avis d'allégation étant muet sur le moyen soulevé, le fabricant de génériques ne peut pas élargir ses motifs au moyen de la preuve ou de l'argumentation — Assertion du fabricant de génériques: son produit est conforme à l'état antérieur de la technique — Le fabricant de génériques a mis en cause l'interprétation du brevet — Le contenu de l'avis d'allégation et de l'énoncé détaillé sont pris en considération — Dans son avis d'allégation, le fabricant de génériques n'a fait aucune mention d'un sous-enrobage non contrefait dans le contexte visé par la présente instance — La C.A.F. a interprété le brevet; le fabricant de génériques tente de faire réexaminer la question par un tribunal inférieur — Dans sa formulation actuelle, l'avis d'allégation s'appuie sur une interprétation qui a été rejetée par la C.A.F. — Le fabricant de génériques n'est pas autorisé à compléter l'avis d'allégation avec des preuves qui n'ont aucun fondement dans l'avis d'allégation — Examen détaillé du principe de préclusion, motif allégué par la demanderesse AstraZeneca — La question de contrefaçon a-t-elle été décidée lors de l'instance précédente? — Le fabricant de génériques est incapable

d'expliquer son incapacité à présenter ses meilleurs arguments lors de l'instance précédente — Il n'est pas permis de scinder la demande — On ne saurait autoriser une seconde chance — Sur le point de savoir si elle devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer le principe de préclusion, la Cour considère que le caractère définitif des décisions judiciaires est d'intérêt public, et qu'il faut préserver la crédibilité du système de justice — Indépendamment de la question de la préclusion, l'avis d'allégation du fabricant de génériques équivaut à un abus de procédure — Demande accueillie.

Judges and Courts — Patented medicine litigation — Court's power to prevent relitigation extending beyond res judicata doctrine — Judges have inherent, residual discretion to prevent abuse of Court's process that is not encumbered by issue estoppel requirements — Concern for principles of judicial economy, consistency, finality, integrity of justice administration — Case at bar not one in which relitigation would enhance, not impeach, integrity of judicial system.

Juges et tribunaux — Litige relatif à des médicaments brevetés — Le pouvoir des tribunaux d'empêcher la réouverture des litiges dépasse les limites de la doctrine de la chose jugée — Pour empêcher les abus de procédure, les juges disposent d'un pouvoir discrétionnaire résiduel inhérent qui ne s'encombre pas des exigences liées à la préclusion — Souci des principes d'économie, de cohérence, de caractère définitif des instances et d'intégrité de l'administration de la justice — La présente affaire ne constitue pas un cas où la remise en cause pourrait servir l'intégrité du système judiciaire plutôt que lui porter préjudice.

By correspondence, purporting to constitute a notice of allegation (NOA), dated September 26, 2002 respondent, Apotex, informed AstraZeneca it had filed a new drug submission (NDS) in respect of magnesium omeprazole tablets for oral administration. AstraZeneca sought a declaration that the letter was not a NOA within the contemplation of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* or, in the alternative, an order prohibiting the Minister from issuing a notice of compliance (NOC) until patent expiry.

Par lettre datée du 26 septembre 2002, expressément présentée comme un avis d'allégation, la défenderesse Apotex a informé AstraZeneca qu'elle avait déposé une Présentation de drogue nouvelle (PDN) pour les comprimés d'oméprazole magnésien administrés par voie orale. AstraZeneca a sollicité une déclaration portant que la lettre d'Apotex n'est pas un avis d'allégation visé par le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* ou, subsidiairement, une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité avant l'expiration des brevets.

The application for the patent at issue upon the hearing of this application—the '693 patent—had been filed in April, 1987 and claimed priority from a U.K. application filed in April 1986. The patent issued in late 1991, and will expire in 2008. The patent is for an enteric coated form of omeprazole which is used to treat gastric and duodenal ulcers and is marketed by AstraZeneca under the trade name "Losec". The enteric coating prevents the omeprazole's degradation in the stomach, allowing its release in the small intestine. If this coating were applied directly to the omeprazole, the latter would decompose causing the tablets to become discoloured and impairing storage stability. The invention disclosed in the patent was an inert subcoating between the omeprazole core and the enteric outer coating.

La demande à l'origine du brevet en litige à l'audition de la présente demande—le brevet '693—avait été déposée en avril 1987 et revendiquait la priorité pour une demande déposée au R.-U. en avril 1986. Le brevet a été délivré en fin d'année 1991 et expire en 2008. Le brevet vise la préparation d'une forme d'oméprazole à enrobage gastrorésistant utilisé pour le traitement des ulcères gastriques et duodénaux, et vendu par AstraZeneca sous l'appellation commerciale «Losec». L'enrobage gastrorésistant permet à l'oméprazole de passer dans l'estomac sans subir d'altération et d'être libéré dans l'intestin grêle. L'application de cet enrobage directement sur l'oméprazole entraînerait la décomposition rapide de celui-ci, la décoloration des comprimés et l'altération de la stabilité à l'entreposage. L'invention décrite dans le brevet en cause est un sous-enrobage inerte entre le noyau d'oméprazole et l'enrobage gastrorésistant.

Apotex had previously made a NOA with respect to the '693 patent. Its position was that its tablets would not infringe

Apotex avait déjà présenté un avis d'allégation portant sur le brevet '693. Elle alléguait que ses comprimés ne

as they contained no subcoating, the enteric coating being applied directly to the cores. But Kelen J. held that the NOA letter did not comply with the Regulations and prohibited the Minister from issuing a NOC; this decision was sustained by the Federal Court of Appeal. Apotex then prepared the NOA here at issue, alleging both non-infringement and the '693 patent's invalidity.

AstraZeneca's application was brought under section 6 of the Regulations. Proceedings under that section are not to be likened to validity or infringement actions. They are judicial review proceedings, meant to be dealt with expeditiously and their scope limited to administrative purposes (issuance of a NOC). An action must be commenced should a trial as to validity or infringement be required.

The first of three threshold issues was the sufficiency of the NOA and detailed statement. AstraZeneca argued that the NOA strictly frames the issues and may not be expanded upon by the generic during the proceeding and that the NOA herein was silent on the argument now raised: non-infringement on the basis that its subcoat was neither continuous nor inert. The NOA made no mention of the possibility of an *in situ* subcoat. Apotex argued that its formulation did not involve a subcoat *within the meaning of the '693 patent and that the evidence failed to demonstrate the contrary*. The Apotex product would contain a core with an enteric coating disposed on the core rather than a subcoating as contemplated by the patent. According to its NOA, its product was in accordance with prior art.

Held, the application should be allowed.

Repeated readings of Apotex' NOA and detailed statement, led to the conclusion that it was the construction of the '693 patent that Apotex had put into play. Its detailed statement claimed that the patent requires that the subcoating be "distinct material placed between the core and the enteric coating so as to avoid their coming into contact". All of Apotex' non-infringement allegations in its NOA flowed from this fundamental position. Yet, in argument, Apotex took the position that it did not restrict itself to a construction of the '693 patent that was limited to a formulation having a separately applied coat. The entire detailed statement revolved around Apotex' characterization of subcoat yet the allegation

constituaient pas une contrefaçon, parce qu'ils n'avaient pas de sous-enrobage, leur revêtement gastrorésistant et entérosoluble étant appliqué directement aux noyaux. Mais le juge Kelen a déclaré que l'avis d'allégation d'Apotex n'était pas conforme au Règlement et il a prohibé la délivrance d'un avis de conformité par le ministre; cette décision a été confirmée par la Cour d'appel fédérale. Apotex a ensuite rédigé l'avis d'allégation en cause aux présentes, où elle allègue à la fois l'absence de contrefaçon et l'invalidité à l'égard du brevet '693.

La demande d'AstraZeneca a été présentée conformément à l'article 6 du Règlement. Les procédures prévues à l'article 6 ne doivent pas être assimilées aux actions visant à déterminer la validité ou la contrefaçon. Elles constituent une procédure expéditive de contrôle judiciaire et ne visent que des fins administratives (la délivrance d'un avis de conformité). Dans les cas où un procès est nécessaire pour déterminer la validité ou la contrefaçon, il faut procéder par l'introduction d'une action.

La première des trois questions préliminaires visait la suffisance de l'avis d'allégation et de l'énoncé détaillé. AstraZeneca a maintenu que les questions sont strictement délimitées par l'avis d'allégation qui ne peut donc être complété par le fabricant de génériques au cours de l'instance. Elle a aussi maintenu que l'avis d'allégation ne contenait aucun énoncé appuyant l'argument soulevé par Apotex: l'absence de contrefaçon fondée sur le fait que son sous-enrobage n'est pas continu ni inerte. L'avis d'allégation ne mentionnait aucune possibilité d'un sous-enrobage *in situ*. Apotex a répliqué que sa formulation ne constituait pas un sous-enrobage conforme à l'interprétation du brevet '693 et que la preuve n'a pas permis de le contester. Le produit d'Apotex contiendrait un noyau recouvert d'un enrobage gastrorésistant appliqué sur le noyau plutôt qu'un sous-enrobage au sens du brevet. Selon l'avis d'allégation, son produit était conforme aux antériorités.

Jugement: la demande doit être accueillie.

Quelques relectures de l'avis d'allégation et de l'énoncé détaillé soumis par Apotex mènent à la conclusion que c'est l'interprétation du brevet '693 que celle-ci avait mis en cause. L'énoncé détaillé prétendait que le brevet '693 exige que le sous-enrobage soit «une substance distincte placée entre le noyau et l'enrobage gastrorésistant de façon à les empêcher d'entrer en contact». Toutes les allégations d'absence de contrefaçon d'Apotex dans son avis d'allégation découlaient de cette position fondamentale. Et pourtant, dans son argumentation, Apotex a affirmé ne pas s'être bornée à une interprétation du brevet '693 limitée à une formulation comportant un revêtement appliqué séparément. Tout l'énoncé

referencing the '495 patent (a European patent application of 1984, relied upon by Apotex as prior art teaching) makes no mention of a subcoat. The NOA and detailed statement did not contain any allegation that should the '693 patent encompass a subcoating arising from a reaction between the core material and the enteric coating when the two are brought into contact, the reactive layer will not be continuous, inert, film-forming and polymeric. It is settled law that when a generic makes an allegation, it must provide a detailed statement of the legal and factual basis for the allegation, to which it is limited. The allegation and detailed statement are intended to fully inform the first person of the case to be met. Whether a detailed statement is adequate depends upon the facts and law relied upon in the detailed statement itself. Apotex did not allude to a non-infringing subcoat in its NOA in the context in which it now discusses it. The Federal Court of Appeal has already construed the patent as "a pharmaceutical preparation which . . . contains a subcoating or separating layer between the core and enteric coating, however, the subcoating or separating layer is formed". Apotex questioned that Court's construction of the patent, but this Court is bound by the higher Court's interpretation. The NOA, as framed, turns on a construction issue that was determined after its drafting. It did not allege that the Apotex reactive material was non-infringing because it is not continuous, inert and polymeric; rather, it alleged non-infringement in that the '693 patent does not contemplate a layer of reactive material at all—a construction that was incorrect in the opinion of the Federal Court of Appeal.

The Court did not accept respondent's argument, that in advancing the position that its reactive layer is non-infringing as not inert, continuous or polymeric, it is merely answering the case put forward by AstraZeneca and that the latter's conduct was such as to estop it from arguing that the NOA failed to disclose any allegation to that effect. The respondent's written memorandum was silent in that regard. Apotex was not entitled, at the hearing, to raise arguments not found in its written argument and of which the other side did not have notice. As to AstraZeneca's conduct, it was not incumbent upon AstraZeneca, in circumstances where its notice of application specifically relied upon two delineated bases of attack regarding the allegation of non-infringement and an alternative third basis, to bring a motion to strike the Apotex evidence. AstraZeneca did not lead Apotex down the garden path. Apotex had clear notice of AstraZeneca's attack and of the alternative basis. It is settled law that the entire factual basis must be set forth in the detailed statement, not revealed

détaillé gravitait autour de la caractérisation qu'avait fait Apotex du sous-enrobage, cependant l'allégation qui invoque le brevet '495 (une demande de brevet européen de 1984 invoquée par Apotex pour alléguer que sa formulation est conforme aux enseignements de ce brevet à titre d'antériorité) ne fait aucune mention d'un sous-enrobage. L'avis d'allégation et l'énoncé détaillé ne contenaient pas la moindre allégation selon laquelle la couche réactive ne sera pas continue, inerte, filmogène et polymère, si le brevet '693 couvre un sous-enrobage produit par une réaction au contact entre le noyau et l'enrobage gastrorésistant. Il est de droit constant qu'un fabricant de génériques qui fait une allégation doit fournir un énoncé détaillé des faits et du droit sur lesquels elle se fonde, et par lesquels elle est circonscrite. L'allégation et l'énoncé détaillé ont pour objet d'informer adéquatement la première personne de la preuve à réfuter. Ce sont les faits et le droit invoqués dans l'énoncé détaillé qui le rendent suffisant ou non. Dans son avis d'allégation, Apotex n'a pas évoqué un sous-enrobage non contrefait dans le contexte où elle en débat maintenant. La Cour d'appel fédérale a déjà interprété le brevet comme «une préparation pharmaceutique qui [...] présente un sous-enrobage ou une couche séparatrice entre le noyau et l'enrobage gastrorésistant et entérosoluble, sans égard à la façon dont cette couche séparatrice est formée». Apotex a remis en question la façon dont la Cour d'appel fédérale a interprété le brevet '693, mais la Cour est liée par cette interprétation de la juridiction supérieure. Dans sa formulation actuelle, l'avis d'allégation repose sur une question d'interprétation que l'on a résolue après qu'il eut été rédigé. Il n'allègue pas que le composé réactif d'Apotex n'est pas contrefait, au motif qu'il n'est pas continu, inerte et polymère, mais bien parce qu'aucune couche de composé réactif n'est prévue au brevet '693. Cette interprétation a été jugée erronée par la Cour d'appel fédérale.

La Cour a rejeté l'argument de la défenderesse voulant qu'en affirmant sa position selon laquelle son «sous-enrobage» réactif ne constitue pas une contrefaçon parce qu'il n'est pas inerte, continu ou polymère, elle ne fait que répondre aux arguments avancés par AstraZeneca, et que la conduite de celle-ci, au cours des procédures, l'empêche de soutenir que l'avis d'allégation ne divulgue aucune allégation en ce sens. Or, le mémoire écrit de la défenderesse n'en fait aucune mention. Apotex n'est pas autorisée à soulever à l'audience des moyens qui ne se trouvent pas dans son plaidoyer écrit et dont elle n'a pas notifié l'autre partie. Quant à la conduite d'AstraZeneca, il ne lui incombait pas—dans des circonstances où son avis de demandes s'appuyait précisément sur deux points bien définis pour attaquer l'allégation de non-contrefaçon, et sur un troisième point subsidiaire—d'introduire aussi une requête en radiation de la preuve d'Apotex. AstraZeneca ne l'a pas menée en bateau. Apotex a été clairement informée des attaques d'AstraZeneca et de ses motifs subsidiaires. Dans une

piecemeal when some need happens to arise in a section 6 proceeding.

While the Court was not prepared to grant the declaration asked—that Apotex' letter was not a NOA as unsupported by a detailed statement of the legal and factual basis for its non-infringement allegation—it could not permit Apotex to supplement its NOA and seek to establish non-infringement by evidence for which no basis was indicated in the NOA. The NOA was deficient in containing a non-infringement allegation based on incorrect patent construction and, not having advanced an allegation in the NOA that the reactive material in its product is not inert, continuous and polymeric, it could not now do so by either evidence or argument.

AstraZeneca relied also upon the issue estoppel doctrine. It maintained that the respondent's concession that patent '693 extends to an *in situ* subcoat, together with the Federal Court of Appeal's construction determination, was dispositive.

The issue estoppel question demanded detailed consideration. AstraZeneca asserted that the question of infringement itself was the subject of issue estoppel and that a finding of infringement was implicit in the order emanating from the previous proceeding. It was further urged that the failure by Apotex in the previous proceeding to furnish samples for testing estopped it from now relying upon it. It was argued that Apotex, as a litigation strategy in the earlier proceeding, elected to base its case upon patent construction but was unsuccessful and was not now entitled to try again. In deciding to allege only non-infringement, Apotex had accepted the patent's validity. For its part, Apotex submitted that neither Kelen J. nor the Court of Appeal had made a finding as to infringement. Finally, Apotex suggested that, even if the issue estoppel requirements were met, the Court should exercise its discretion not to apply it as that would go against the public interest: AstraZeneca should not be allowed to use the Regulations to preserve its monopoly absent an infringement determination.

The scheme of the Regulations is not designed for *res judicata* determinations of the scope or validity of patents. As for estoppel—a public policy doctrine designed to advance the

instance relative à la demande visée à l'article 6 du Règlement, il est de droit constant que tous les faits seront présentés dans l'énoncé détaillé, et non divulgués par fragments au fur et à mesure des besoins.

Bien que la Cour n'était pas disposée à accorder la déclaration demandée—que la lettre d'Apotex ne peut constituer un avis d'allégation, n'étant étayée par un énoncé détaillé du droit et des faits sur lesquels elle fonde son allégation de non-contrefaçon—elle ne pouvait permettre à Apotex de compléter son avis d'allégation en vue d'établir l'absence de contrefaçon par des éléments de preuve sans lien avec son avis d'allégation. L'avis d'allégation était lacunaire, car il contenait une allégation de non-contrefaçon qui reposait sur une mauvaise interprétation du brevet, et comme Apotex n'y avait pas allégué la présence dans son produit d'un matériau de réaction non inerte, continu et polymère, elle ne pouvait donc introduire ici cet élément en preuve ou dans son argumentation.

AstraZeneca a appuyé également sa demande sur le principe de préclusion. Elle a soutenu que la concession d'Apotex que le brevet '693 porte sur un sous-enrobage créé *in situ*, ainsi que la décision rendue par la Cour d'appel fédérale sur l'interprétation, étaient concluantes.

Il convenait d'examiner en détail la question de l'application du principe de préclusion. AstraZeneca a affirmé que la question de la contrefaçon elle-même était visée par le principe de préclusion et que l'ordonnance rendue lors de l'instance précédente comportait implicitement une conclusion sur la contrefaçon. On a également souligné que l'omission d'Apotex de fournir des échantillons pour analyses lors de la précédente instance lui interdisait de faire volte-face et de les invoquer maintenant. AstraZeneca a soutenu qu'Apotex a choisi une stratégie lors de la première procédure et a décidé de défendre sa cause à partir de l'interprétation du brevet et que sa démarche ayant échoué, elle n'avait pas droit à un second essai. Lorsqu'elle a choisi d'alléguer seulement la non-contrefaçon, Apotex a nécessairement accepté la validité du brevet. Celle-ci pour sa part, a allégué que ni la Cour d'appel ni le juge Kelen n'avait rendu de décision concernant la question de la contrefaçon. Enfin, Apotex a affirmé que même si les conditions d'application du principe de préclusion étaient réunies, la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser de l'appliquer s'il est contraire à l'intérêt public: il serait injuste de permettre à AstraZeneca d'invoquer le Règlement pour protéger son monopole en l'absence d'une contrefaçon constatée par jugement.

Le régime établi par le Règlement ne permet pas à la Cour de rendre des décisions ayant l'autorité de la chose jugée au sujet de la portée ou de la validité des brevets. En ce qui

interests of justice—the question was whether the infringement issue could be said to have been determined necessarily, if not explicitly, in the earlier proceeding. Kelen J. found it impossible “to determine whether the allegation of non-infringement is justified based on speculation and conjecture by the experts” and the Court of Appeal found it unnecessary to address the infringement issue. Still, the Court could only have concluded that the non-infringement allegation was unjustified and that was fundamental to the substantive decision: the prohibition order.

But there was yet a further ground supporting the application of issue estoppel: the general rule that a party may not raise an issue that it could and should have raised in a previous proceeding between the parties. Apotex referred to cases wherein the Court rejected the first person’s argument that a second person was estopped by the *res judicata* doctrine from making a new allegation but they were distinguishable as cases in which an order of prohibition had not been made. Apotex advanced no explanation for its failure to put its best foot forward in the earlier proceeding and it should not be permitted to split its case. The conditions for issue estoppel on the infringement issue had been met. The same reasoning applied to the invalidity issue.

Turning to the question of whether the Court should, in the exercise of its discretion, not apply the issue estoppel doctrine, it was necessary to consider interests that transcend those of the parties. In embarking upon this fact-specific exercise, it was first observed that the previous proceeding was tainted by neither fraud nor dishonesty and that there was no fresh evidence such as to impeach the original result. Furthermore, Apotex was no stranger to litigation and it made no suggestion that the stakes of the earlier proceeding were insufficient to attract its full attention. Other matters were considered by the Court, among them the public interest in the finality of litigation and the necessity for preserving the integrity and credibility of the justice system. There were no special circumstances that would justify the Court’s refusal to apply issue estoppel. Ultimately Apotex should not have more than one full opportunity to allege non-infringement and invalidity with respect to the same patent and formulation.

The Court’s power to prevent relitigation extends beyond the *res judicata* doctrine. Judges possess an inherent, residual discretion to prevent abuse of a court’s process. This is a flexible doctrine and one that is not encumbered by the specific requirements for issue estoppel. Still, the policy considerations are the same: there should be an end to litigation, no one

concerne la préclusion, une doctrine d’intérêt public qui tend à favoriser les intérêts de la justice, le problème était de savoir si la question de contrefaçon a nécessairement fait l’objet d’une décision, sinon explicitement, lors de l’instance précédente. Le juge Kelen a conclu qu’il était impossible «de décider si l’allégation d’absence de contrefaçon est justifiée en se fondant sur les spéculations et les conjectures des experts» et la Cour d’appel n’a pas jugé nécessaire d’examiner la question de la contrefaçon. De toute manière, la Cour ne pouvait que conclure que l’allégation de non-contrefaçon était non fondée, et cet élément était essentiel à la décision de fond: l’ordonnance d’interdiction.

Toutefois, il y avait autre raison pour laquelle le principe de préclusion s’appliquait ici: la règle générale voulant qu’une partie à une instance ne peut soulever une question qu’elle pouvait ou aurait pu soulever dans une instance précédente entre les parties. Apotex a fait référence à des affaires dans lesquelles la Cour a rejeté l’argument d’une première personne voulant qu’il soit interdit à une deuxième personne, en vertu du principe de la chose jugée, de transmettre une nouvelle allégation, cependant il s’agissait de cas particuliers où des ordonnances d’interdiction n’avaient pas été délivrées. Apotex n’a fourni aucune explication au regard de son incapacité à présenter ses meilleurs arguments lors de l’instance précédente et ne devrait pas être autorisée à scinder sa cause. Les conditions d’application du principe de préclusion étaient réunies en ce qui concerne la question de la contrefaçon, et le même raisonnement s’appliquait à la question de l’invalidité.

Quant à la question de savoir si la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour ne pas appliquer le principe de préclusion, il était nécessaire de tenir compte des intérêts qui transcendent ceux des parties. Il convenait à cet égard d’examiner les faits. La Cour a fait observer d’abord que l’instance précédente n’a été entachée d’aucune fraude ou malhonnêteté, et qu’aucun élément de preuve nouveau n’a jeté de doute sur le résultat initial. De plus, Apotex était rompue aux actions en justice et elle n’avait pas laissé entendre que les enjeux de l’instance initiale n’étaient pas assez importants pour attirer son attention. La Cour a tenu compte d’autres points, dont le fait que le caractère définitif des décisions judiciaires est d’intérêt public et la nécessité de préserver l’intégrité et la crédibilité de la justice. Aucune circonstance exceptionnelle ne pouvait justifier un refus par la Cour d’appliquer la préclusion. En fin de compte, Apotex doit avoir une seule occasion d’alléguer la non-contrefaçon et l’invalidité relativement au même brevet et à la même préparation.

Le pouvoir des tribunaux d’empêcher la remise en cause de questions sur lesquelles il a déjà été statué dépasse les limites de la doctrine de la chose jugée. Pour empêcher les abus de procédure, les juges disposent d’un pouvoir discrétionnaire résiduel inhérent. C’est une doctrine souple qui ne s’encombre pas d’exigences particulières à l’instar de la notion

should be twice vexed in respect of the same cause, and there is a need to preserve the resources of both litigants and the court system. The focus of abuse of process is less on the parties' interests and more on the integrity of the adjudicative function of the courts. That being so, the motive of the party seeking to relitigate cannot be a decisive factor. Relitigation would enhance rather than impair the credibility and integrity of the judicial system in the following situations: (1) when the initial proceeding is tainted by fraud or dishonesty; (2) where the original result is impeached by previously unavailable new evidence; and (3) when fairness dictates that the original result should not be binding in a new context. Even if issue estoppel did not apply herein, Apotex' NOA amounted to an abuse of process.

d'irrecevabilité. Cependant, les raisons de principe sont les mêmes: un litige doit avoir une fin, personne ne devrait être tracassé deux fois par la même cause d'action et il faut préserver les ressources des tribunaux et des parties. En matière d'abus des procédures, l'accent est mis davantage sur l'intégrité du processus décisionnel judiciaire que sur l'intérêt des parties. De ce fait, le mobile de la partie qui cherche à rouvrir le débat ne saurait constituer un facteur décisif. Il peut y avoir en effet des cas où la remise en cause pourra servir l'intégrité du système judiciaire plutôt que lui porter préjudice, par exemple: 1) lorsque la première instance est entachée de fraude ou de malhonnêteté, 2) lorsque de nouveaux éléments de preuve, qui n'avaient pu être présentés auparavant, jettent de façon probante un doute sur le résultat initial, 3) lorsque l'équité exige que le résultat initial n'ait pas force obligatoire dans le nouveau contexte. Même si le principe de préclusion ne pouvait s'appliquer aux présentes, l'avis d'allégation d'Apotex constituait un abus de procédure.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 400(3), Tariff B, Column III.
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 4 (as am. by SOR/98-166, s. 3), 5 (as am. *idem*, s. 4; 99-379, s. 2), 6 (as am. by SOR/98-166, s. 5; 99-379, s. 3).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

AB Hassle v. Apotex Inc. (2003), 29 C.P.R. (4th) 23; 312 N.R. 288 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. denied [2003] S.C.C.A. No. 173 (QL).

DISTINGUISHED:

Novartis AG v. Apotex Inc. (2001), 15 C.P.R. (4th) 417; 212 F.T.R. 161; 2001 FCT 1129; *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.* (2004), 31 C.P.R. (4th) 214; 245 F.T.R. 243; 2003 FC 1428; *affd* 2004 FCA 398; [2004] F.C.J. No. 1985 (QL); *AGF Canadian Equity Fund v. Transamerica Commercial Finance Corp. Canada* (1993), 14 O.R. (3d) 161 (Gen. Div.); *Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. v. RhoxalPharma Inc.* (2004), 34 C.P.R. (4th) 218; 250 F.T.R. 218; 2004 FC 474.

CONSIDERED:

AB Hassle v. Apotex Inc. (2002), 21 C.P.R. (4th) 173; 223 F.T.R. 43 2002 FCT 931; *Gillette Safety Razor Co. v. Anglo American Trading Co.* (1913), 30 R.P.C. 465 (HL); *AB Hassle v. Apotex Inc.* (2004), 33 C.P.R. (4th) 326;

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 4 (mod. par DORS/98-166, art. 3), 5 (mod., *idem*, art. 4; 99-379, art. 2), 6 (mod. par DORS/98-166, art. 5; 99-379, art. 3).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 400(3), tarif B, colonne III.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION SUIVIE:

AB Hassle c. Apotex Inc. (2003), 29 C.P.R. (4th) 23; 312 N.R. 288 (C.A.F.); autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée [2003] S.C.C.A. n° 73 (QL).

DÉCISIONS DISTINCTES:

Novartis AG c. Apotex Inc. (2001), 15 C.P.R. (4th) 417; 212 F.T.R. 161; 2001 CFPI 1129; *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.* (2004), 31 C.P.R. (4th) 214; 245 F.T.R. 243; 2003 CF 1428; *conf. par* 2004 CAF 398; [2004] A.C.F. n° 1985 (QL); *AGF Canadian Equity Fund v. Transamerica Commercial Finance Corp. Canada* (1993), 14 O.R. (3d) 161 (Div. gén.); *Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. c. RhoxalPharma Inc.* (2004), 34 C.P.R. (4th) 218; 250 F.T.R. 218; 2004 CF 474.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

AB Hassle c. Apotex Inc. (2002), 21 C.P.R. (4th) 173; 223 F.T.R. 43 2002 CFPI 931; *Gillette Safety Razor Co. v. Anglo American Trading Co.* (1913), 30 R.P.C. 465 (C.L.); *AB Hassle c. Apotex Inc.* (2004), 33 C.P.R. (4th)

2004 FC 761; 2004 FC 762; *Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2004] 2 F.C.R. 85; (2003), 33 C.P.R. (4th) 193; 313 N.R. 380; 2003 FCA 467.

REFERRED TO:

Apotex Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare) (1997), 153 D.L.R. (4th) 68; 76 C.P.R. (3d) 1; 219 N.R. 151 (F.C.A.); *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588; (1994), 58 C.P.R. (3d) 209; 176 N.R. 48 (C.A.); *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 245; 266 N.R. 371; *SmithKline Beecham Pharma Inc. v. Apotex Inc.*, [2001] 4 F.C. 518; (2001), 14 C.P.R. (4th) 76; 208 F.T.R. 105; 2001 FCT 770; affd [2003] 1 F.C. 118; (2003), 219 D.L.R. (4th) 224; 21 C.P.R. (4th) 129; 291 N.R. 168; 2002 FCA 216; *Novartis A.G. v. Apotex Inc.* (2002), 22 C.P.R. (4th) 450; 298 N.R. 348; 2002 FCA 440; *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 2 S.C.R. 193; (1998), 161 D.L.R. (4th) 47; 80 C.P.R. (3d) 368; 227 N.R. 229; *Bristol-Myers Squibb Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (2001), 11 C.P.R. (4th) 539; 266 N.R. 141 (F.C.A.); *A.B. Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2000), 7 C.P.R. (4th) 272; 256 N.R. 172 (F.C.A.); *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; 231 F.T.R. 320; 291 N.R. 339; 2002 FCA 290; *Hoffman-La Roche Ltd. v. Apotex Inc.* (1997), 72 C.P.R. (3d) 480; 130 F.T.R. 110 (F.C.T.D.); affd (1998), 82 C.P.R. (3d) 384; 234 N.R. 8 (F.C.A.); *Bayer AG v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 60 C.P.R. (3d) 129; 179 N.R. 122 (F.C.A.); *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2001), 12 C.P.R. (4th) 447; 274 N.R. 297; 2001 FCA 192; *SmithKline Beecham Pharma Inc. v. Apotex Inc.* (2001), 10 C.P.R. (4th) 338; 267 N.R. 101 (F.C.A.); *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460; (2001), 201 D.L.R. (4th) 193; 34 Admin. L.R. (3d) 163; 10 C.C.E.L. (3d) 1; 7 C.P.C. (5th) 199; 272 N.R. 1; 149 O.A.C. 1; 2001 SCC 44; *Fidelitas Shipping Co. Ltd. v. V/O Exportchleb*, [1965] 2 All E.R. 4 (C.A.); *Maynard v. Maynard*, [1951] S.C.R. 346; [1951] 1 D.L.R. 241; *Green v. Weatherill*, [1929] 2 Ch. 213; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77; (2003), 232 D.L.R. (4th) 385; 17 C.R. (6th) 276; 311 N.R. 201; 179 O.A.C. 291; 2003 SCC 63; *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2000), 10 C.P.R. (4th) 38 (F.C.T.D.); affd (2002), 18 C.P.R. (4th) 558; 224 F.T.R. 121; 2002 FCA 147.

326; 2004 CF 761; 2004 CF 762; *Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2004] 2 R.C.F. 85; (2003), 33 C.P.R. (4th) 193; 313 N.R. 380; 2003 CAF 467.

DÉCISIONS CITÉES:

Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social) (1997), 153 D.L.R. (4th) 68; 76 C.P.R. (3d) 1; 219 N.R. 151 (C.A.F.); *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588; (1994), 58 C.P.R. (3d) 209; 176 N.R. 48 (C.A.); *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 245; 266 N.R. 371 (C.A.F.); *SmithKline Beecham Pharma Inc. c. Apotex Inc.*, [2001] 4 C.F. 518; (2001), 14 C.P.R. (4th) 76; 208 F.T.R. 105; 2001 CFPI 770; conf. par [2003] 1 C.F. 118; (2003), 219 D.L.R. (4th) 224; 21 C.P.R. (4th) 129; 291 N.R. 168; 2002 CAF 216; *Novartis A.G. c. Apotex Inc.* (2002), 22 C.P.R. (4th) 450; 298 N.R. 348; 2002 CAF 440; *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 2 R.C.S. 193; (1998), 161 D.L.R. (4th) 47; 80 C.P.R. (3d) 368; 227 N.R. 229; *Bristol-Myers Squibb Canada Inc. c. Canada (Procureur général)* (2001), 11 C.P.R. (4th) 539; 266 N.R. 141 (C.A.F.); *A.B. Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (2000), 7 C.P.R. (4th) 272; 256 N.R. 172 (C.A.F.); *Procter & Gamble Pharmaceuticals 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; 231 F.T.R. 320; 291 N.R. 339; 2002 CAF 290; *Hoffman-La Roche Ltd. c. Apotex Inc.* (1997), 72 C.P.R. (3d) 480; 130 F.T.R. 110 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (1998), 82 C.P.R. (3d) 384; 234 N.R. 8 (C.A.F.); *Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 60 C.P.R. (3d) 129; 179 N.R. 122 (C.A.F.); *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (2001), 12 C.P.R. (4th) 447; 274 N.R. 297; 2001 CAF 192; *SmithKline Beecham Pharma Inc. c. Apotex Inc.* (2001), 10 C.P.R. (4th) 338; 267 N.R. 101 (C.A.F.); *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460; (2001), 201 D.L.R. (4th) 193; 34 Admin. L.R. (3d) 163; 10 C.C.E.L. (3d) 1; 7 C.P.C. (5th) 199; 272 N.R. 1; 149 O.A.C. 1; 2001 CSC 44; *Fidelitas Shipping Co. Ltd. v. V/O Exportchleb*, [1965] 2 All E.R. 4 (C.A.); *Maynard v. Maynard*, [1951] R.C.S. 346; [1951] 1 D.L.R. 241; *Green v. Weatherill*, [1929] 2 Ch. 213; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77; (2003), 232 D.L.R. (4th) 385; 17 C.R. (6th) 276; 311 N.R. 201; 179 O.A.C. 291; 2003 CSC 63; *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (2000), 10 C.P.R. (4th) 38 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (2002), 18 C.P.R. (4th) 558; 224 F.T.R. 121; 2002 CAF 147.

APPLICATION for a declaration that a letter from a generic drug company did not constitute a notice of allegation under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* or, in the alternative, an order prohibiting the Minister from issuing a notice of compliance until patent expiry. Order to go in favour of applicants, based on either issue estoppel or abuse of process.

DEMANDE d'une déclaration portant que la lettre d'un fabricant de médicaments génériques ne constitue pas un avis d'allégation visé par le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* ou, subsidiairement, d'une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité avant l'expiration des brevets. Ordonnance rendue en faveur des demanderesse soit en vertu du principe de préclusion, soit pour abus de procédure.

APPEARANCES:

Gunars A. Gaikis and J. Sheldon Hamilton for applicants.
Harry B. Radomski, Andrew R. Brodtkin and Rick Tuzi for respondent Apotex Inc.
 No one appearing for respondent Minister of Health.

ONT COMPARU:

Gunars A. Gaikis et J. Sheldon Hamilton pour les demanderesse.
Harry B. Radomski, Andrew R. Brodtkin et Rick Tuzi pour la défenderesse Apotex Inc.
 Aucune comparution pour le défendeur ministre de la Santé.

SOLICITORS OF RECORD:

Smart & Biggar, Toronto, for applicants.
Goodmans LLP, Toronto, for respondent Apotex Inc.
Deputy Attorney General of Canada for respondent Minister of Health.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Smart & Biggar, Toronto, pour les demanderesse.
Goodmans LLP, Toronto, pour la défenderesse Apotex Inc.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur le ministre de la Santé.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

[1] LAYDEN-STEVENSON J.: By correspondence dated September 26, 2002, specifically stated to be a notice of allegation (NOA) pursuant to the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* [SOR/93-133] (the Regulations) with respect to Canadian Patent Nos. 1292693 (the '693 patent), 1302891 (the '891 patent) and 2166483 (the '483 patent), the respondent Apotex Inc. (Apotex) informed AstraZeneca Canada Inc. (AstraZeneca) that Apotex had filed with the Minister of Health (the Minister) a new drug submission (NDS) for magnesium omeprazole tablets for oral administration in strengths of 10 and 20 mg.

[1] LA JUGE LAYDEN-STEVENSON: Par lettre datée du 26 septembre 2002, expressément présentée comme un avis d'allégation au sens du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* [DORS/93-133] (le Règlement) relativement aux brevets canadiens n^{os} 1292693 (brevet '693), 1302891 (brevet '891) et 2166483 (brevet '483), la défenderesse Apotex Inc. (Apotex) a informé AstraZeneca Canada Inc. (AstraZeneca) qu'Apotex avait déposé auprès du ministre de la Santé (le ministre) une présentation de drogue nouvelle (PDN) pour les comprimés d'oméprazole magnésien de 10 et 20 mg administrés par voie orale.

[2] The patents referred to by Apotex are listed, for certain products, on the patent register maintained by the Minister. They were included on patent lists submitted by AstraZeneca and its corporate predecessor Astra

[2] Les brevets auxquels Apotex se réfère sont répertoriés, dans le cas de certains produits, au registre des brevets tenu par le ministre. Ils faisaient partie de listes de brevets soumises par AstraZeneca et sa société

Pharma Inc. (Astra) with the consent of AB Hassle (Hassle) and AstraZeneca AB, the owners of the patents. Thus, pursuant to the Regulations, Hassle and AstraZeneca AB, as owners, are parties to the application. I will refer to the applicants collectively as AstraZeneca. The Minister administers the Regulations and did not file submissions or participate in the hearing of this application.

[3] AstraZeneca, by notice of application dated November 8, 2002, requests a declaration that the Apotex letter of September 26, 2002, is not a NOA as contemplated by the Regulations and, in the alternative, an order prohibiting the Minister from issuing a notice of compliance (NOC) in respect of omeprazole magnesium tablets 10 and 20 mg until the expiration of the noted Canadian patents. AstraZeneca did not pursue its requested relief in relation to the '891 and '483 patents and at the hearing of this application, only the '693 patent was in issue.

THE '693 PATENT

[4] The application that resulted in the '693 patent was filed on April 29, 1987, claiming priority from a U.K. application filed on April 30, 1986 (priority date). The '693 patent issued on December 3, 1991 and it expires in 2008. The patent has as its objective the preparation of an enteric coated dosage form of omeprazole that is resistant to dissolution in acidic media, that dissolves rapidly in neutral to alkaline media, and that has good long-term storage stability.

[5] The pharmaceutical preparation is used to treat gastric and duodenal ulcers. The active medicinal ingredient is omeprazole or omeprazole magnesium. AstraZeneca markets its product under the trade name "Losec". The circumstances of the invention are contained in the '693 patent disclosure and are described by Mr. Justice Rothstein in *AB Hassle v. Apotex Inc.* (2003), 29 C.P.R. (4th) 23 (F.C.A.), at paragraphs 4-6; leave to appeal to S.C.C. dismissed March 25, 2004, [[2003] S.C.C.A. No. 173 (QL)]:

remplacée Astra Pharma Inc. (Astra) avec le consentement de AB Hassle (Hassle) et d'AstraZeneca AB, les propriétaires des brevets. De sorte qu'aux termes du Règlement, Hassle et AstraZeneca AB sont parties à la demande à titre de propriétaires. Je désignerai les demanderesse collectivement en utilisant le terme AstraZeneca. Le ministre a la responsabilité de l'application du Règlement et n'a pas déposé de mémoire ni participé à l'audition de cette demande.

[3] AstraZeneca, par un avis de demande daté du 8 novembre 2002, sollicite une déclaration portant que la lettre du 26 septembre 2002 d'Apotex n'est pas un avis d'allégation visé par le Règlement et, subsidiairement, une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité concernant les comprimés d'oméprazole magnésien de 10 et 20 mg avant l'expiration des brevets canadiens mentionnés. AstraZeneca n'a pas maintenu sa demande de réparation relative aux brevets '891 et '483, et à l'audition de cette demande, seul le brevet '693 était en cause.

LE BREVET '693

[4] La demande à l'origine du brevet '693 a été déposée le 29 avril 1987 et revendiquait la priorité pour une demande déposée au R.-U. le 30 avril 1986 (date de priorité). Le brevet '693 délivré le 3 décembre 1991 expire en 2008. Le brevet vise la préparation d'une forme posologique d'oméprazole à enrobage gastrorésistant et entérosoluble qui résiste à la dissolution dans des milieux acides, qui se dissout rapidement dans des milieux neutres ou alcalins et qui a une bonne stabilité d'entreposage à long terme.

[5] La préparation pharmaceutique est utilisée pour le traitement des ulcères gastriques et duodénaux. L'ingrédient médicamenteux actif est l'oméprazole ou l'oméprazole magnésien. AstraZeneca vend ses produits sous l'appellation commerciale «Losec». La description de l'invention se trouve dans le mémoire descriptif du brevet '693 et est exposée par le juge Rothstein dans *AB Hassle c. Apotex Inc.* (2003), 29 C.P.R. (4th) 23 (C.A.F.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 25 mars 2004 [[2003] S.C.C.A. n° 173 (QL)] (*AB Hassle*) [2003 CAF 409, aux paragraphes 4 à 6]:

To be effective, the omeprazole must be released in the small intestine and not in the stomach. In order to prevent the omeprazole from being degraded by acidic gastric juices in the stomach, an enteric coating covering the omeprazole core is required. The enteric coating dissolves in the neutral to alkaline environment found in the small intestine after allowing the omeprazole to pass through the stomach unaltered.

However, if a conventional enteric coating is applied directly to the omeprazole core, the omeprazole rapidly decomposes, with the result that the pharmaceutical preparation (or, in everyday language for purposes of this case, a tablet) becomes badly discoloured and loses omeprazole content with the passage of time. This problem of storage stability can be addressed by including alkaline reacting constituents in the omeprazole core. However, when a tablet containing an alkaline core which is in direct contact with the enteric coating is ingested, some of the gastric juice in the stomach diffuses through the enteric coating into the omeprazole core during the time the tablet resides in the stomach before it is emptied into the small intestine. The gastric juice causes parts of the omeprazole core to dissolve which, in turn, interfere with and eventually dissolve the enteric coating.

The object of the invention disclosed in the relevant patents is to provide an enteric coated tablet of omeprazole which is resistant to dissolution in the stomach. This is obtained by having an inert subcoating between the omeprazole core and the enteric outer coating.

[6] The parties agree that, for all intents and purposes, it is claim 1 of the '693 patent that is relevant and at the hearing, only claim 1 was addressed. Claim describes an oral pharmaceutical preparation in the following terms:

1. An oral pharmaceutical preparation comprising: (a) a core region comprising an effective amount of material selected from the group consisting of omeprazole plus an alkaline reacting compound, an alkaline omeprazole salt plus an alkaline reacting compound and an alkaline omeprazole salt alone; (b) an inert subcoating which is soluble or rapidly disintegrating in water disposed on said core region, said subcoating comprising one or more layers of materials selected from among tablet excipients and polymeric film-forming compounds; and (c) an outer layer disposed on said subcoating comprising an enteric coating.

BACKGROUND

[7] This is not Apotex' first NOA with respect to the '693 patent. AstraZeneca's counsel advises that Apotex

Pour agir, l'oméprazole doit être libéré dans l'intestin grêle, non dans l'estomac. Aussi, pour éviter que les sucs gastriques acides de l'estomac ne dégradent le noyau d'oméprazole, il faut que celui-ci soit recouvert d'un enrobage gastrorésistant et entérosoluble. Cet enrobage se dissout dans le milieu neutre ou alcalin de l'intestin grêle, après avoir permis à l'oméprazole de passer dans l'estomac sans subir d'altération.

Toutefois, l'application d'un enrobage gastrorésistant et entérosoluble conventionnel directement sur le noyau d'oméprazole entraîne la décomposition rapide de celui-ci, et la préparation pharmaceutique (ou le terme plus commun que nous emploierons ici: le comprimé) subit une forte décoloration et perd de son ingrédient actif. Le problème de la stabilité du médicament à l'entreposage peut se régler en incluant un réactif alcalin dans le noyau d'oméprazole, mais lors du passage dans l'estomac d'un comprimé constitué d'un noyau alcalin en contact direct avec un enrobage gastrorésistant et entérosoluble, des sucs gastriques se diffusent dans le noyau à travers l'enrobage, avant que le comprimé n'atteigne l'intestin grêle. Les sucs gastriques font se dissoudre une partie du noyau, lequel réagit ensuite avec l'enrobage qui finit par se dissoudre.

L'invention décrite dans le brevet pertinent vise l'élaboration d'un comprimé d'oméprazole doté d'un enrobage résistant à la dissolution dans l'estomac. Il s'agit d'appliquer un sous-enrobage inerte entre le noyau d'oméprazole et l'enrobage gastrorésistant et entérosoluble.

[6] Les parties conviennent qu'en fait, c'est la revendication 1 du brevet '693 qui est pertinente et, lors de l'audience, les discussions ont porté uniquement sur la revendication 1. La revendication 1 décrit une préparation pharmaceutique dans les termes suivants:

[TRADUCTION] 1. Une préparation pharmaceutique pour administration orale, comprenant: a) un noyau renfermant une quantité efficace d'une substance choisie dans le groupe constitué par l'oméprazole et un réactif alcalin, un sel alcalin d'oméprazole et un réactif alcalin ainsi qu'un sel alcalin d'oméprazole seul; b) un sous-enrobage inerte qui se dissout ou se désintègre rapidement dans l'eau, qui recouvre le noyau et qui renferme une ou plusieurs couches de substances sélectionnées parmi les excipients des comprimés et les polymères filmogènes; c) une couche externe recouvrant le sous-enrobage et constituant un enrobage gastrorésistant.

CONTEXTE

[7] Le présent avis d'allégation n'est pas le premier d'Apotex portant sur le brevet '693. L'avocat

first alleged non-infringement in April 1993 and that the applicants' application in respect of that allegation was dismissed in May 1996, by consent order wherein Apotex agreed to an order for prohibition with respect to patents other than the '693 patent. There is no evidence in the record in this respect. On December 18, 1997, an Apotex NOA alleged non-infringement of the same Canadian patents that are listed in its NOA in relation to this proceeding on the basis that its product would not contain a subcoating between the core and the enteric coating. Rather, Apotex would apply enteric coating directly to the core. AstraZeneca in turn initiated an application for an order of prohibition (T-179-98). By order of Madam Justice Tremblay-Lamer dated May 18, 1999, the NOA was deemed to be withdrawn and the application was deemed to be discontinued. The recitals in the order indicate that Apotex wished to withdraw its NOA and that such a withdrawal would render the proceedings moot.

[8] On August 1, 2000, an Apotex NOA with respect to the same Canadian patents as those listed in its NOA in relation to this proceeding alleged that 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 Apotex of its apo-omeprazole tablets for oral administration in strengths of 10, 20 and 40 mg. The crux of the legal and factual basis was that the Apotex tablets would not infringe because they would not contain a subcoating. The Apotex tablets would comprise cores containing the drug and an enteric coating applied directly to the cores. AstraZeneca filed a notice of application (T-1747-00) seeking the same relief sought in this proceeding. Following the hearing of the application, Mr. Justice Kelen declared that the Apotex letter dated August 1, 2000 [*AB Hassle v. Apotex Inc.* (2002), 21 C.P.R. (4th) 173 (F.C.T.D.), at paragraph 67] "does not comply with the Regulations, and therefore does not constitute a Notice of Allegation under the Regulations". Justice Kelen granted an order prohibiting the Minister from issuing a NOC. I will return to Mr. Justice Kelen's order later in these reasons.

d'AstraZeneca signale qu'Apotex a allégué l'absence de contrefaçon pour la première fois en avril 1993, et que la demande de la demanderesse afférente à cette allégation a été rejetée en mai 1996 par une ordonnance sur consentement aux termes de laquelle Apotex a consenti à une ordonnance d'interdiction à l'égard des autres brevets que le '693. On ne trouve au dossier aucune preuve à cet effet. Le 18 décembre 1997, un avis d'allégation par Apotex alléguait l'absence de contrefaçon des mêmes brevets canadiens qui sont répertoriés dans son avis d'allégation dans le cadre des présentes procédures, au motif que son produit ne contiendrait pas de sous-enrobage entre le noyau et le revêtement gastrorésistant. Apotex appliquerait plutôt un revêtement gastrorésistant et entérosoluble directement au noyau. AstraZeneca a déposé alors une demande pour obtenir une ordonnance d'interdiction (T-179-98). Par ordonnance de M^{me} la juge Tremblay-Lamer du 18 mai 1999, l'avis d'allégation a été présumé retiré et la demande abandonnée. Selon les attendus de l'ordonnance, Apotex souhaitait retirer son avis d'allégation, ce qui rendrait les procédures sans objet.

[8] Le 1^{er} août 2000, dans un avis d'allégation visant les mêmes brevets canadiens que ceux répertoriés dans son avis d'allégation relatif aux présentes procédures, Apotex prétendait qu'aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites advenant la fabrication, la construction, l'utilisation ou la vente par elle de ses comprimés d'apo-oméprazoles administrés par voie orale à concentration de 10, 20 et 40 mg. Tout l'argument s'appuyait, en fait et en droit, sur l'idée que les comprimés Apotex n'ayant pas de sous-enrobage, ils ne constituaient pas une contrefaçon. Ils sont composés de noyaux qui contiennent le médicament, et un revêtement gastrorésistant et entérosoluble appliqué directement aux noyaux. AstraZeneca a déposé un avis de demande (T-1747-00) visant le même redressement que celui demandé aux présentes. Suite à l'audition de la demande, M. le juge Kelen a déclaré que la lettre d'Apotex datée du 1^{er} août 2000 [*AB Hassle c. Apotex Inc.* (2002), 21 C.P.R. (4th) 173; 2002 CFPI 931, au paragraphe 67] «n'est pas conforme au Règlement, et qu'elle ne constitue donc pas un avis d'allégation au sens du Règlement». Le juge Kelen a accordé une ordonnance

[9] Apotex appealed (A-563-02) and on November 3, 2003, its appeal was dismissed. Mr. Justice Rothstein, in *AB Hassle*, construed claim 1 of the '693 patent at paragraph 17 and again at paragraph 24:

Claim 1 describes an "oral pharmaceutical preparation" or, in everyday language, a tablet. The tablet is described as having a core region, an inert subcoating and an outer layer or enteric coating. Claim 1 does not purport to place any limitations on the inert subcoating. It does not say that the inert subcoating must be created in any particular manner.

...

I conclude that patent claim 1 describes a pharmaceutical preparation which, in its finished product form, contains a subcoating or separating layer between the core and enteric coating, however the subcoating or separating layer is formed.

[10] On September 26, 2002, Apotex forwarded the NOA referred to at the outset of these reasons and AstraZeneca initiated this notice of application. The Apotex NOA alleges both non-infringement and invalidity with respect to the '693 patent. The latter attack is based on *Gillette [Gillette Safety Razor Co. v. Anglo American Trading Co. (1913), 30 R.P.C. 465 (H.L.)]* defence, anticipation, claims broader than the invention and inutility, insufficiency, ambiguity and obviousness.

[11] AstraZeneca's evidence on its application consisted of the affidavits of Mr. Oxhammar, Drs. Ymén, Lövgren, Burke, McGinity, Brenner and Bodmeier, Ms. Ripley and Ms. DeAbreu. Apotex' evidence consisted of the affidavits of Drs. Cima (Cima 1), Hopfenberg and Signorino and Mr. Tekie. Apotex' evidence included results from testing of the Apotex tablets. With leave of the court, Apotex filed further affidavits to establish the source and relevance of sample tablets and the formulations referred to in its evidence. AstraZeneca was granted leave to file an affidavit from Dr. Lindquist in

qui prohibait la délivrance d'un avis de conformité par le ministre. Je reviendrai à l'ordonnance du juge Kelen.

[9] Apotex a porté la décision en appel (A-563-02) et son appel a été rejeté le 3 novembre 2003. M. le juge Rothstein, dans *AB Hassle*, a interprété la revendication 1 du brevet '693 aux paragraphes 17 et 24:

La revendication n° 1 décrit une [TRADUCTION] «préparation pharmaceutique pour administration orale» ou, dans le langage de tous les jours, un comprimé. Il y est expliqué que ce comprimé se constitue d'un noyau, d'un sous-enrobage inerte et d'une couche externe ou enrobage gastrorésistant et entérosoluble. La revendication n'énonce aucune restriction concernant le sous-enrobage inerte; elle n'expose pas qu'il doit être créé suivant un processus particulier.

[. . .]

Je conclus que la revendication n° 1 du brevet décrit une préparation pharmaceutique qui, dans sa forme finale, présente un sous-enrobage ou une couche séparatrice entre le noyau et l'enrobage gastrorésistant et entérosoluble, sans égard à la façon dont cette couche séparatrice est formée.

[10] Le 26 septembre 2002, Apotex a expédié l'avis d'allégation mentionné au début des présents motifs et AstraZeneca a présenté le présent avis de demande. L'avis d'allégation d'Apotex allègue à la fois l'absence de contrefaçon et l'invalidité à l'égard du brevet '693. La dernière attaque repose sur le moyen de défense fondé sur l'arrêt *Gillette [Gillette Safety Razor Co. v. Anglo American Trading Co. (1913), 30 R.P.C. 465 (C.L.)]*, l'antériorité, la portée excessive des revendications par rapport à l'invention, l'inutilité, l'insuffisance, l'évidence et l'ambiguïté.

[11] La preuve d'AstraZeneca, relative à sa demande, était constituée par les affidavits de MM. Oxhammar, Ymén, Lövgren, Burke, McGinity, Brenner et Bodmeier, et de M^{mes} Ripley et DeAbreu. La preuve d'Apotex était constituée des affidavits de MM. Cima (Cima 1), Hopfenberg, Signorino et Tekie. Les résultats des épreuves subies par les comprimés Apotex faisaient partie de la preuve soumise par celle-ci. Avec la permission de la Cour, Apotex a déposé des affidavits additionnels afin de prouver la source et la pertinence des comprimés échantillons et les formulations auxquelles renvoie sa

reply to Cima 1 (Lindquist 1). With leave of the court, Apotex filed a further affidavit from Dr. Cima (Cima 2) in response to Lindquist 1. Following the cross-examination of Dr. Sherman (one of the affiants of Apotex' further affidavits), Apotex provided samples of its tablets to AstraZeneca and AstraZeneca was granted leave to file an affidavit of Dr. Lindquist regarding testing of Apotex' samples (Lindquist 2). Apotex was then granted leave to file further affidavits of Drs. Cima (Cima 3), Sodhi and Sherman and Mr. Ng-Chen-Hin. AstraZeneca was granted leave to file a responding affidavit of Dr. Lindquist (Lindquist 3).

THE NATURE OF THE PROCEEDING

[12] As earlier mentioned, this proceeding is brought under the Regulations. The history and scheme of the Regulations are well known and need not be repeated. Suffice it to say that when a second person (usually a generic manufacturer) seeks marketing approval (a NOC) for a drug, by comparing its drug to the drug of a first person (a patent holder) for the purpose of demonstrating bioequivalence, the generic will be required to address patents listed on the patent register by a first person. The generic or second person may do so by making an allegation of invalidity, or non-infringement, or both. The issues of validity and non-infringement between the patent holder and the generic originate with a NOA served on the first person by the second person setting out the second person's allegations, including a statement of the legal and factual basis for the allegation. Following receipt of a NOA, a first person may apply to the court for an order prohibiting the Minister from issuing a NOC until after the expiration of one or more of the patents. If the court finds that none of the generic's allegations is justified, the court shall grant an order of prohibition.

[13] Apotex, the generic drug producer or second person, under section 5 [as am. by SOR/98-166, s. 4; 99-

preuve. AstraZeneca a obtenu l'autorisation de déposer un affidavit de M. Lindquist en réponse à Cima 1 (Lindquist 1). Avec la permission de la Cour, Apotex a déposé un affidavit supplémentaire de M. Cima (Cima 2) en réplique à Lindquist 1. Suite au contre-interrogatoire de M. Sherman (le souscripteur d'un des affidavits supplémentaires d'Apotex), Apotex a fourni des échantillons de ses comprimés à AstraZeneca et celle-ci a obtenu la permission de déposer un affidavit de M. Lindquist afférent aux épreuves des échantillons d'Apotex (Lindquist 2). Apotex a ensuite obtenu l'autorisation de déposer les affidavits additionnels de MM. Cima (Cima 3), Sodhi, Sherman et Ng-Chen-Hin. Enfin, AstraZeneca a été autorisée à déposer en réplique un affidavit de M. Lindquist (Lindquist 3).

LA NATURE DE L'INSTANCE

[12] Tel que mentionné précédemment, la présente instance a été engagée en application du Règlement. L'historique et l'économie du Règlement sont bien connus et n'ont pas besoin d'être répétés. Il suffit de dire que lorsqu'une seconde personne (habituellement un fabricant de génériques) tente d'obtenir une approbation de commercialisation (avis de conformité) pour un médicament en le comparant à celui d'une première personne (détentrice d'un brevet) dans le but de démontrer une bioéquivalence, le fabricant de génériques aura l'obligation de traiter des brevets inscrits au registre des brevets par la première personne. La seconde personne, ou fabricant de génériques, peut s'acquitter de cette obligation en invoquant l'invalidité, l'absence de contrefaçon, ou les deux. Les questions de validité et d'absence de contrefaçon sont mises en cause lorsque le fabricant de génériques signifie au détenteur du brevet un avis d'allégation où il expose ses allégations, y compris un énoncé détaillé du droit et des faits sur lesquels il se fonde. Suivant la réception d'un avis d'allégation, la première personne peut demander au tribunal une ordonnance pour interdire au ministre de délivrer un avis de conformité avant l'expiration d'un ou de plusieurs brevets. Si le tribunal conclut qu'aucune des allégations du fabricant de génériques n'est fondée, une ordonnance d'interdiction sera accordée.

[13] Apotex, le fabricant de médicaments génériques ou seconde personne, en vertu de l'article 5 [mod. par

379, s. 2] of the Regulations, provided its NOA to AstraZeneca regarding certain patents that AstraZeneca has listed under the provisions of section 4 [as am. by SOR/98-166, s. 3] of the Regulations. AstraZeneca's application, in response to the Apotex NOA, is brought under section 6 [as am. *idem*, s. 5; 99-379, s. 3] of the Regulations.

[14] Section 6 proceedings are not to be likened to actions for determining validity or infringement. They are proceedings in judicial review, to be held expeditiously, whose aim is to determine whether the Minister is free to issue the requested NOC. Their scope is confined to administrative purposes: *Apotex Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1997), 153 D.L.R. (4th) 68 (F.C.A.). The determination must turn on whether there are allegations by the second person sufficiently substantiated to support a conclusion for administrative purposes (the issue of a NOC) that an applicant's patent would not be infringed if the second person's product is put on the market: *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588 (C.A.).

[15] The Regulations allow a court to determine summarily, on the basis of the evidence adduced, whether the allegations are justified. If a full trial of validity or infringement issues is required, this can be obtained in the usual way by commencing an action: *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 245 (F.C.A.); *SmithKline Beecham Pharma Inc. v. Apotex Inc.*, [2001] 4 F.C. 518 (T.D.); *affd* [2003] 1 F.C. 118 (C.A.); *Novartis A.G. v. Apotex Inc.* (2002), 22 C.P.R. (4th) 450 (F.C.A.). By merely commencing the proceeding, the applicant obtains what is tantamount to an interlocutory injunction without having satisfied any of the criteria a court would require before enjoining issuance of a NOC: *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 2 S.C.R. 193; *Bristol-Myers Squibb Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (2001), 11 C.P.R. (4th) 539 (F.C.A.). By order dated June 4, 2004, the statutory stay in this proceeding has been extended to March 7, 2005.

DORS/98-166, art. 4; 99-379, art. 2] du Règlement, a fourni son avis d'allégation à AstraZeneca à l'égard de certains brevets qu'AstraZeneca a répertoriés selon les dispositions de l'article 4 [mod. par DORS/98-166, art. 3] du Règlement. La demande d'AstraZeneca, en réponse à l'avis d'allégation d'Apotex, a été présentée conformément à l'article 6 [mod., *idem*, art. 5; 99-379, art. 3] du Règlement.

[14] Les procédures prévues à l'article 6 ne doivent pas être assimilées aux actions visant à déterminer la validité ou la contrefaçon. On y suit une procédure expéditive de contrôle judiciaire en vue de déterminer s'il est loisible au ministre de délivrer l'avis de conformité demandé. Elles ne visent que des fins administratives: *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1997), 153 D.L.R. (4th) 68 (C.A.F.). La décision porte sur le point de savoir si les allégations de la seconde personne sont suffisamment étayées pour justifier une conclusion à des fins administratives (la délivrance d'un avis de conformité) portant que le brevet d'un demandeur ne serait pas violé si le produit de la seconde personne était mis en marché: *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.).

[15] Le Règlement permet au tribunal de décider sommairement, sur le fondement de la preuve soumise, si les allégations sont fondées. Dans les cas où un procès est nécessaire pour déterminer la validité ou la contrefaçon, il peut être obtenu selon la voie normale par l'introduction d'une action: *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 245 (C.A.F.); *SmithKline Beecham Pharma Inc. c. Apotex Inc.*, [2001] 4 C.F. 518 (1^{re} inst.); *conf. par* [2003] 1 C.F. 118 (C.A.); *Novartis A.G. c. Apotex Inc.* (2002), 22 C.P.R. (4th) 450 (C.A.F.). En intentant simplement cette procédure, le demandeur obtient l'équivalent d'une injonction interlocutoire sans avoir satisfait à aucun des critères que le tribunal examine normalement avant d'interdire la délivrance d'un avis de conformité: *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 2 R.C.S. 193; *Bristol-Myers Squibb Canada Inc. c. Canada (Procureur général)* (2001), 11 C.P.R. (4th) 539 (C.A.F.). Par ordonnance du 4 juin 2004, le sursis prévu par la loi dans cette instance a été prolongé jusqu'au 7 mars 2005.

ISSUES

[16] The issues are as follows:

1. Threshold Issues

(a) Is the NOA and detailed statement sufficient?

(b) Does issue estoppel apply to preclude Apotex from alleging non-infringement and invalidity?

(c) Does the doctrine of abuse of process operate to preclude Apotex from alleging non-infringement and invalidity?

2. Alternative Issues

(a) Is Apotex' allegation of non-infringement of the claims of the '693 patent justified?

(b) Is Apotex' allegation of invalidity of the '693 patent justified based on:

(i) the *Gillette* defence;

(ii) anticipation;

(iii) claims broader than in the invention disclosed and lack utility;

(iv) insufficiency of disclosure and/or ambiguity; and

(v) obviousness.

THRESHOLD ISSUES

Is the NOA sufficient?

Overview

[17] AstraZeneca, in its notice of application, maintains that the NOA is not a proper NOA and

QUESTIONS EN LITIGE

[16] Les questions en litige sont les suivantes:

1. Questions préliminaires

a) L'avis d'allégation et l'énoncé détaillé sont-ils suffisants?

b) La préclusion découlant d'une question déjà tranchée peut-elle empêcher Apotex d'alléguer l'absence de contrefaçon et l'invalidité?

c) La doctrine de l'abus de procédure a-t-elle pour effet d'empêcher Apotex d'alléguer l'absence de contrefaçon et l'invalidité?

2. Questions subsidiaires

a) L'allégation d'Apotex selon laquelle il y a absence de contrefaçon des revendications du brevet '693 est-elle fondée?

b) L'allégation d'invalidité du brevet '693 faite par Apotex est-elle justifiée par:

i) le moyen de défense fondé sur l'arrêt *Gillette*;

ii) l'antériorité;

iii) la portée excessive des revendications par rapport à l'invention exposée et l'inutilité;

iv) l'insuffisance de l'exposé et/ou l'ambiguïté;

v) l'évidence.

QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

L'avis d'allégation est-il suffisant?

Aperçu

[17] AstraZeneca maintient dans son avis de demande que l'avis d'allégation ne constitue pas un avis

detailed statement and accordingly does not comply with the Regulations. Broadly stated, the argument is that since the NOA strictly frames the issues in the proceedings and may not be expanded upon by the generic during the proceeding, Apotex' allegation of non-infringement is not justified because its evidence of non-infringement rests upon the notion that its subcoat is not continuous and is not inert. The NOA contains no such statements. Rather, the NOA rests solely on the position that the Apotex subcoating is not a subcoating that is applied to the core and is then covered with the enteric outer layer. Since the NOA makes no mention of the possibility of an *in situ* subcoat and makes no statement regarding non-infringement with respect to an *in situ* subcoat (that it is not continuous and not inert), Apotex cannot expand its grounds by either evidence or argument.

[18] Apotex counters that its allegation of non-infringement is not premised entirely on a construction of the '693 patent that is limited to a formulation having a separately applied subcoating. Neither its NOA nor its evidence supports such limitation. Moreover, Apotex, for purposes of this proceeding, but without prejudice to its rights on appeal, accepts that the '693 patent extends to a subcoat created *in situ*, provided that such subcoat carries with it all of the characteristics of claim 1. Apotex strenuously contests that its formulation will contain such a subcoat and, on the basis of all the evidence, submits that it is clear that AstraZeneca has failed to establish that such a subcoat exists.

The NOA and Detailed Statement

[19] Paraphrasing, the detailed statement refers to the '693 patent by its title and to a description of it as a "pharmaceutical preparation containing omeprazole or its alkaline salts intended for oral use and to the use of these preparations in the treatment of gastrointestinal diseases". Apotex describes the "essence of the invention" and states "[t]he alleged solution to the problem is asserted in the patent to be the separation from contact of the core and the enteric coating by

d'allégation et un énoncé détaillé, et par conséquent n'est pas conforme au Règlement. En termes généraux, l'argument est que, dans les procédures, les questions sont strictement délimitées par l'avis d'allégation qui ne peut donc être complété par le fabricant de génériques au cours de l'instance. C'est pourquoi l'allégation d'Apotex quant à l'absence de contrefaçon n'est pas justifiée par sa preuve: celle-ci est fondée sur le fait que son sous-enrobage n'est pas continu ni inerte, or l'avis d'allégation ne contient aucun énoncé de cette nature. L'avis d'allégation s'appuie plutôt uniquement sur l'énoncé que le sous-enrobage d'Apotex n'est pas appliqué au noyau, puis recouvert par le revêtement gastrorésistant. Étant donné que l'avis d'allégation ne mentionne aucune possibilité d'un sous-enrobage *in situ* et aucun énoncé sur l'absence de contrefaçon à propos d'un sous-enrobage *in situ* (ni continu ni inerte), Apotex ne peut donc élargir ses motifs à l'aide de preuves ou d'arguments.

[18] Apotex réplique que son allégation d'absence de contrefaçon n'est pas entièrement fondée sur une interprétation du brevet '693 limitée à une formulation dans laquelle le sous-enrobage est appliqué séparément. Ni son avis d'allégation ni sa preuve ne permettent de soutenir une telle restriction. De plus, pour les fins de la présente instance et sans préjudice de ses droits d'appel, Apotex consent à ce que le brevet '693 puisse s'entendre d'un sous-enrobage *in situ*, à la condition qu'un tel sous-enrobage comporte toutes les caractéristiques de la revendication 1. Apotex nie vigoureusement toute allégation que sa formulation contiendra un tel sous-enrobage et soutient, au vu de toute la preuve, qu'AstraZeneca a clairement échoué dans sa tentative de prouver l'existence d'un tel sous-enrobage.

L'avis d'allégation et l'énoncé détaillé

[19] L'énoncé détaillé renvoie au brevet '693 et à la description de l'invention en les paraphrasant: [TRADUCTION] «une préparation pharmaceutique contenant de l'oméprazole ou ses sels alcalins destinée à être administrée par voie orale et l'utilisation de ces préparations dans le traitement de maladies gastro-intestinales». Apotex décrit l'«essence de l'invention» et déclare: [TRADUCTION] «la solution alléguée au problème est présentée dans le brevet comme

application of a subcoating within the meaning of the patent”. Then, Apotex identifies the essential elements of the '693 patent: the core; the inert subcoating; and the outer layer.

[20] On this basis, Apotex states that the “subcoating” cannot mean material comprising a reaction product resulting from a reaction between the core material and the enteric coating when the core is brought into contact with the enteric coating. The inventors, says Apotex, intended the subcoating to be “distinct material placed between the core and the enteric coating so as to avoid their coming into contact”.

[21] The detailed statement also states that the claims of the '693 patent cannot be construed to include formulations disclosed in the patent as prior art. Formulations comprising a core with an enteric coating disposed on the core which were prepared by direct application of the enteric coating onto an omeprazole and alkaline core cannot be construed as falling within the scope of the '693 patent, otherwise the patent would be invalid as failing to claim something new because it would have within its scope that which is old. Nor, contends Apotex, can the claims be construed to include formulations disclosed within the disclosure as examples of formulations used for comparison purposes and disclaimed from being within the scope of the invention.

[22] Apotex then states that it will not infringe claim 1 because its product will not contain a subcoating, “as discussed above” within the meaning of the '693 patent. The Apotex product will contain a core with an enteric coating disposed on the core. Specifically, the detailed statement reads:

In formulating our product, we will bring into contact the outer enteric coating with the core and will not place a subcoating within the meaning of the patent between the core and the enteric coating, so that our formulation will consist of only components (i) and (iii), not component (ii).

étant la séparation du noyau et de l'enrobage gastrorésistant par l'application d'un sous-enrobage au sens du brevet». Apotex décrit ensuite les éléments essentiels du brevet '693: le noyau, le sous-enrobage inerte et la couche externe.

[20] À partir de là, Apotex affirme que le «sous-enrobage» ne peut être du matériel comprenant un produit résultant d'une réaction entre le noyau et l'enrobage gastrorésistant lorsque le noyau entre en contact avec l'enrobage gastrorésistant. Dans l'esprit des inventeurs, ajoute Apotex, le sous-enrobage devait être une [TRADUCTION] «substance distincte placée entre le noyau et l'enrobage gastrorésistant de façon à empêcher que ces derniers n'entrent en contact».

[21] Dans l'énoncé détaillé, on déclare également qu'on ne peut considérer que les revendications du brevet '693 incluent des formulations divulguées dans le brevet comme étant des réalisations antérieures. Les formulations comprenant un noyau recouvert d'un enrobage gastrorésistant qui ont été préparées par application directe de l'enrobage gastrorésistant sur un noyau constitué d'oméprazole et d'une substance alcaline ne peuvent être considérées comme étant visées par le brevet '693; sinon, le brevet serait invalide car il ne revendiquerait pas quelque chose de nouveau mais viserait quelque chose d'ancien. Selon Apotex, on ne peut pas non plus considérer que les revendications concernent des formulations divulguées dans l'exposé de l'invention comme des exemples de formulations qui ont été utilisées à des fins de comparaison et qu'on a renoncé à reconnaître comme étant visées par l'invention.

[22] Apotex affirme ensuite qu'elle ne contrefait pas la revendication 1 parce que son produit ne contiendra pas de sous-enrobage, [TRADUCTION] «tel que mentionné ci-dessus» au sens du brevet '693. Le produit d'Apotex contiendra un noyau recouvert directement d'un enrobage gastrorésistant. Plus précisément, l'énoncé détaillé dit:

[TRADUCTION] Lorsque nous formulerons notre produit, nous mettrons en contact l'enrobage externe gastrorésistant et le noyau et ne placerons pas de sous-enrobage tel que prévu dans le brevet entre le noyau et l'enrobage gastrorésistant, de sorte que notre formulation ne comprendra que les éléments i) et iii) et non l'élément ii).

[23] Continuing, the NOA states that Apotex is manufacturing what is taught in the prior art, specifically European Patent Application No. 124495 (the '495 patent) published on November 7, 1984. It refers to example 12 of the '495 patent and alleges that its formulation is in accordance with the teachings of the '495 patent. Last, the NOA contains the statement that, should AstraZeneca assert that there is infringement of the '693 patent, the claims are invalid based on the *Gillette* defence. The remainder of the detailed statement is devoted to what is sub-titled "invalidity".

The Arguments

[24] As stated earlier, AstraZeneca's quarrel with the Apotex NOA, regarding non-infringement, is that the focus of the allegation is the subcoating and that it must be formed by a separate step in the process. Expanding on its position, AstraZeneca says that this is the entire basis for Apotex' allegation that its formulation will not contain a subcoating. Nowhere in the NOA does Apotex suggest, if its product has a subcoat between the core and the enteric coating that results from a reaction between the two, that such subcoating will not be inert or continuous. These allegations do not exist. They do not exist because the premise of the Apotex NOA is that the '693 patent cannot be interpreted to include an *in situ* subcoat, a matter that has been conclusively determined by the Federal Court of Appeal. AstraZeneca asserts that the issues that Apotex raises in this proceeding are simply not contained in its NOA and detailed statement. Since AstraZeneca does not allege "that the Apotex product infringes, no matter, the *Gillette* defence is not properly invoked with respect to infringement". AstraZeneca says that the claim requires a subcoat and if Apotex' product has a subcoat, it infringes. The circumstances under which *Gillette* applies are not in play.

[25] Apotex argues contra. It contends that there is no issue as to the nature of the reactive material at the interface of Apotex' product and that AstraZeneca is, in essence, saying that evidence regarding the nature of that reactive material goes beyond the NOA. The record,

[23] L'avis d'allégation indique ensuite qu'Apotex fabrique ce qui est énoncé dans les antériorités, spécifiquement la demande de brevet européen n° 124495 (le brevet '495) publiée le 7 novembre 1984. L'avis cite l'exemple 12 du brevet '495 pour alléguer que sa formulation est conforme aux enseignements du brevet '495. Enfin, l'avis d'allégation contient l'énoncé que, si AstraZeneca devait affirmer que le brevet '693 est contrefait, les revendications sont invalides en vertu du moyen de défense fondé sur l'arrêt *Gillette*. Le reste de l'énoncé détaillé porte sur l'«invalidité».

Les arguments

[24] Tel que mentionné, le différend entre AstraZeneca et Apotex au sujet de son avis d'allégation quant à l'absence de contrefaçon vient du fait que l'allégation vise surtout le sous-enrobage et l'exigence qu'il soit formé par une étape distincte du procédé. En développant sa position, AstraZeneca affirme qu'Apotex appuie toute son allégation sur l'assertion selon laquelle sa préparation ne contiendra pas de sous-enrobage. Nulle part dans l'avis d'allégation relatif à son produit Apotex ne dit que, si une réaction entre le noyau et l'enrobage gastrorésistant produit un sous-enrobage, celui-ci ne sera pas inerte ni continu. Ces allégations n'existent pas. Et elles n'existent pas parce que la prémisse de l'avis d'allégation d'Apotex est que le brevet '693 ne saurait être interprété de façon à inclure un sous-enrobage *in situ*, une question qui a été tranchée définitivement par la Cour d'appel fédérale. AstraZeneca fait valoir que les questions soulevées par Apotex dans la présente procédure ne sont tout simplement pas contenues dans son avis d'allégation et son énoncé détaillé. Étant donné qu'AstraZeneca n'allègue pas [TRADUCTION] «que le produit d'Apotex est une contrefaçon, de toute façon, le moyen de défense fondé sur l'arrêt *Gillette* est indûment invoqué à cet égard». AstraZeneca affirme que la revendication exige un sous-enrobage, et que si le produit d'Apotex en a un, il y a contrefaçon. Les circonstances dans lesquelles l'arrêt *Gillette* s'applique ne sont pas en cause.

[25] Apotex fait valoir l'argument opposé. Elle prétend qu'il n'y a pas de problème quant à la nature du composé réactif à l'interface de son produit, et qu'AstraZeneca est essentiellement en train d'affirmer que la preuve sur la nature de ce composé réactif déborde l'avis d'allégation.

maintains Apotex, does not support AstraZeneca's contention that Apotex did not raise the issue that if it has any material between the enteric coating and the core that the material isn't "continuous, inert, film-forming and polymeric". In support of its position, Apotex points to the notice of application, and in particular to paragraphs 29, 30 and 31. It argues that, there, AstraZeneca says that the patent includes within its scope, a subcoating, regardless of how it was applied or generated and that, in view of Mr. Justice Kelen's decision, it is uncontroverted that Apotex will have a layer of material between the enteric coating and the core in its product. Most importantly, contends Apotex, AstraZeneca requests samples, formulation particulars, and process information relating to the Apotex NDS. Therefore, AstraZeneca knew what the issue was—does the Apotex product have reactive material that meets the confines of the patent?

[26] Examination of AstraZeneca's supporting affidavits, in Apotex' view, reveals that AstraZeneca knew what the issue was. The record that AstraZeneca placed before Apotex contained the affidavits of experts saying that the Apotex formulation could create an inert, polymeric, film-forming material. That was the case that Apotex had to answer and it answered by filing the affidavit of Dr. Cima.

[27] Apotex also refers to AstraZeneca's conduct subsequent to receipt of the Cima 1 affidavit. Never did it allege that Apotex had gone beyond its allegation. Rather, it moved for the right to file more evidence. There were several rounds that followed and not once did AstraZeneca ever say that the evidence was beside the point. To the contrary, it asserted that this evidence was fundamental to the final disposition of the case and that the evidence was so important that the whole case lay in the balance. AstraZeneca obtained orders to that effect. This argument, asserts Apotex, is a last-minute creation that cannot withstand the scrutiny of the record.

Analysis

[28] In my view, Apotex' position that AstraZeneca's argument is a last-minute creation is without merit. The

D'après Apotex, le dossier n'étaye pas la thèse d'AstraZeneca voulant qu'Apotex n'ait pas soulevé la question, à savoir: s'il se trouve quelque composé entre l'enrobage gastrorésistant et le noyau, ce composé n'est pas [TRADUCTION] «continu, inerte, filmogène et polymère». Au soutien de cette prétention, Apotex insiste sur l'avis de demande et en particulier aux paragraphes 29, 30 et 31. Elle fait valoir qu'à cet endroit, AstraZeneca affirme que la portée du brevet inclut un sous-enrobage, quel qu'en soit le mode d'application ou de génération et, vu la décision de M. le juge Kelen, il est incontestable que le produit d'Apotex aura une couche de composé entre son enrobage gastrorésistant et son noyau. Ce qui est plus important, selon Apotex, c'est qu'AstraZeneca exige des échantillons, les détails des formulations et l'information sur les procédés touchant la PDN d'Apotex. Par conséquent, AstraZeneca savait que la question litigieuse était la suivante: le produit d'Apotex comporte-t-il un composé réactif qui est dans les limites du brevet?

[26] D'après Apotex, l'examen des affidavits déposés par AstraZeneca révèle que celle-ci savait quelle était la question à trancher. Le dossier qu'AstraZeneca a présenté à Apotex contenait les affidavits d'experts qui affirmaient que la formulation d'Apotex pouvait créer un composé inerte, polymère et filmogène. Telle était la preuve qu'Apotex devait réfuter et elle l'a fait en déposant l'affidavit de M. Cima.

[27] Apotex se réfère également à la conduite d'AstraZeneca suite à la réception de l'affidavit Cima 1. Jamais cette dernière n'a affirmé qu'Apotex ait débordé son allégation. Elle a plutôt présenté une demande pour déposer une preuve additionnelle. Plusieurs étapes ont suivi et en aucun temps AstraZeneca n'a mentionné que la preuve était hors de propos. Au contraire, elle a fait valoir que cette preuve était essentielle à la conclusion définitive de l'affaire et que, vu son importance, toute l'instance en dépendait. AstraZeneca a obtenu des ordonnances à cet effet. Apotex fait valoir que cet argument est une création de dernière minute qui ne peut résister à l'examen minutieux du dossier.

Analyse

[28] Selon moi, la thèse d'Apotex, selon laquelle l'argument d'AstraZeneca est une création de dernière

notice of application, at paragraph 29, is unequivocal and states:

First, contrary to Apotex' proposed construction, the patents include within their scope a subcoating found in the finished dosage form, regardless of how it was applied or generated.

[29] I am not persuaded by Apotex' efforts to convince me that AstraZeneca's primary ground—advanced in support of its position that the allegation of non-infringement is not justified—constitutes an indication that Apotex has addressed the existence of material, between the core and the enteric coating, that is not continuous, inert, film-forming and polymeric. To succeed on this point, Apotex must point to its detailed statement, not to AstraZeneca's notice of application. I will have more to say in relation to the notice of application later in these reasons.

[30] After repeated readings of Apotex' NOA and detailed statement, in my view, it is the construction of the '693 patent that Apotex puts into play. The detailed statement claims that the '693 patent requires that the subcoating be "distinct material placed between the core and the enteric coating so as to avoid their coming into contact". All of Apotex' non-infringement allegations in its NOA flow from this fundamental position. Yet, in argument, Apotex says it did not restrict itself to a construction of the '693 patent that is limited to a formulation having a separately applied coat.

[31] The detailed statement says that it (the '693 patent) "cannot mean material comprising a reaction product resulting from a reaction between the core material and the enteric coating when the core is brought into contact with the enteric coating". Yet, in argument, Apotex says that it accepts that the '693 patent extends to an *in situ* subcoat.

[32] The NOA states that Apotex' product will consist only of an enteric coat and a core and will not contain a subcoat. This statement is founded on the premise that a

minute, est mal fondée. L'avis de demande est sans équivoque au paragraphe 29 qui énonce:

[TRADUCTION] D'abord, et contrairement à l'interprétation proposée par Apotex, la portée des brevets inclut un sous-enrobage que l'on retrouve dans la forme posologique finale, sans égard à la manière dont il a été appliqué ou généré.

[29] Malgré ses efforts, Apotex ne m'a pas persuadée que le motif principal d'AstraZeneca au soutien de sa position voulant que l'allégation de non-contrefaçon ne soit pas fondée, constitue une indication qu'Apotex a traité de l'existence d'un composé qui n'est pas continu, inerte, filmogène et polymère, entre le noyau et l'enrobage gastrorésistant. Pour réussir sur ce point précis, Apotex doit se tourner vers son propre énoncé détaillé, et non pas vers l'avis de demande d'AstraZeneca. Je reviendrai à cet avis un peu plus loin.

[30] Après quelques relectures de l'avis d'allégation et de l'énoncé détaillé soumis par Apotex, c'est selon moi l'interprétation du brevet '693 que celle-ci met en cause. L'énoncé détaillé prétend que le brevet '693 exige que le sous-enrobage soit [TRADUCTION] «une substance distincte placée entre le noyau et l'enrobage gastrorésistant de façon à empêcher que ces derniers n'entrent en contact». Toutes les allégations d'absence de contrefaçon d'Apotex dans son avis d'allégation découlent de cette position fondamentale. Et pourtant, dans son argumentation, Apotex affirme ne pas s'être bornée à une interprétation du brevet '693 limitée à une formulation comportant un revêtement appliqué séparément.

[31] L'énoncé détaillé énonce qu'il (le brevet '693) [TRADUCTION] «ne peut être du matériel comprenant un produit résultant d'une réaction entre le noyau et l'enrobage gastrorésistant lorsque le noyau entre en contact avec l'enrobage gastrorésistant». Malgré cela, Apotex accepte dans son argumentation que le brevet '693 puisse s'entendre d'un sous-enrobage *in situ*.

[32] L'avis d'allégation indique que le produit d'Apotex n'aura pas de sous-enrobage mais seulement un enrobage gastrorésistant et un noyau. Cette affirmation

subcoat in the '693 patent does not mean a "layer" or a "subcoat" or an "interface" (these characterizations were used interchangeably during the oral argument) that results from a reaction. The entire detailed statement revolves around Apotex' characterization of subcoat yet the allegation referencing the '495 patent makes no mention of a subcoat at all.

repose sur la prémisse que dans le brevet '693, un sous-enrobage ne désigne pas une «couche», un «sous-enrobage» ou une «interface» (ces mots ont été utilisés de façon interchangeable au cours des plaidoiries) qui résulte d'une réaction. Tout l'énoncé détaillé gravite autour de la caractérisation que fait Apotex du sous-enrobage, cependant l'allégation qui invoque le brevet '495 ne fait strictement aucune mention d'un sous-enrobage.

[33] In short, the NOA and detailed statement simply do not contain any allegation that should the '693 patent encompass a subcoating arising from a reaction, between the core material and the enteric coating when the two are brought into contact, the reactive layer will not be continuous, inert, film-forming and polymeric. It is settled law that when a generic makes an allegation, it must provide a detailed statement of the legal and factual basis for the allegation, to which it is limited. The allegation and detailed statement are intended to fully inform the first person of the case to be met: *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2000), 7 C.P.R. (4th) 272 (F.C.A.) (*AB Hassle-2*); *Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 1 F.C. 402 (C.A.) (*Procter & Gamble*); *Hoffman-La Roche Ltd. v. Apotex Inc.* (1997), 72 C.P.R. (3d) 480 (F.C.T.D.); *affd* (1998), 82 C.P.R. (3d) 384 (F.C.A.); *Bayer AG v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 60 C.P.R. (3d) 129 (F.C.A.); *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2001), 12 C.P.R. (4th) 447 (F.C.A.). Stated succinctly, the NOA must be sufficient to make the first person fully aware of the grounds on which the second person claims that the patent would not be infringed if the NOC issues. Whether a detailed statement is adequate depends on the facts and law relied upon in the detailed statement itself: *SmithKline Beecham Pharma Inc. v. Apotex Inc.* (2001), 10 C.P.R. (4th) 338 (F.C.A.).

[33] En résumé, l'avis d'allégation et l'énoncé détaillé ne contiennent pas la moindre allégation selon laquelle la couche réactive ne sera pas continue, inerte, filmogène et polymère, si le brevet '693 couvre un sous-enrobage produit par une réaction au contact entre le noyau et l'enrobage gastrorésistant. Il est de droit constant qu'un fabricant de génériques qui fait une allégation doit fournir un énoncé détaillé des faits et du droit sur lesquels il se fonde. L'allégation et l'énoncé détaillé ont pour objet d'informer adéquatement la première personne de la preuve à réfuter: *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (2000), 7 C.P.R. (4th) 272 (C.A.F.) (*AB Hassle-2*); *Compagnie pharmaceutique Procter & Gamble Canada c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 1 C.F. 402 (C.A.) (*Procter & Gamble*); *Hoffman-La Roche Ltd. c. Apotex Inc.* (1997), 72 C.P.R. (3d) 480 (C.F. 1^{re} inst.); *conf. par* (1998), 82 C.P.R. (3d) 384 (C.A.F.); *Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 60 C.P.R. (3d) 129 (C.A.F.); *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (2001), 12 C.P.R. (4th) 447 (C.A.F.). En termes succincts, l'avis d'allégation doit suffire à informer pleinement la première personne des motifs pour lesquels la seconde personne prétend que le brevet ne sera pas contrefait si l'avis de conformité est délivré. Ce sont les faits et le droit invoqués dans l'énoncé détaillé qui le rendent suffisant ou non: *SmithKline Beecham Pharma Inc. c. Apotex Inc.* (2001), 10 C.P.R. (4th) 338 (C.A.F.).

[34] The NOA is dated September 26, 2002. It was on November 3, 2003, in *AB Hassle*, that the Federal Court of Appeal construed the patent as "a pharmaceutical preparation which, in its finished form, contains a subcoating or separating layer between the core and enteric coating, however the subcoating or separating

[34] L'avis d'allégation est daté du 26 septembre 2002. C'est le 3 novembre 2003 que la Cour d'appel fédérale, dans *AB Hassle*, a interprété le brevet comme «une préparation pharmaceutique qui, dans sa forme finale, présente un sous-enrobage ou une couche séparatrice entre le noyau et l'enrobage gastrorésistant et

layer is formed”. Apotex now indicates that, for purposes of this proceeding and without prejudice to its rights on appeal, the '693 patent extends to a subcoat created *in situ*, provided that it carries with it all of the requisite characteristics of claim 1. With respect, as I have stated, I can find nothing in the NOA to indicate such a position. To reiterate, the NOA states repeatedly that an *in situ* subcoat does not fall within the '693 patent.

[35] In its written submission, Apotex maintains that it “strenuously contests that its formulation will contain such a subcoat and, on the basis of all the evidence, submits that it is clear that Astra has failed to establish that such a subcoat exists”. In oral argument, Apotex, having accepted, for purposes of this proceeding, that the patent could cover an *in situ* subcoat, nonetheless notes that the patent does not speak of an *in situ* subcoat and that the expert witnesses were left “trying to develop a system to determine infringement that the patent doesn’t contemplate”. Apotex does acknowledge, however, the existence of reaction material in its tablet but claims it is not an “infringing *in situ* subcoat” because “to infringe, it has to be continuous, inert and polymeric”. I therefore take the reference in its written submissions to “such a subcoat” to mean one that infringes as a result of being continuous, inert and polymeric. I repeat myself—I can find no such statement, express or implied, in its detailed statement. Apotex does not allude to a non-infringing subcoat in its NOA in the context in which it now discusses it. Rather, it denies that reactive material is a subcoating within the meaning of the patent.

[36] It is apparent that Apotex questions the Federal Court of Appeal’s construction of the '693 patent. That construction is binding on me and for that matter on Apotex for purposes of proceedings relating to it, pursuant to the Regulations.

[37] The NOA, as framed, turns on a construction issue that has been determined since the NOA was

entérosoluble, sans égard à la façon dont cette couche séparatrice est formée». Apotex indique maintenant que, pour les fins des présentes procédures et sans préjudice à ses droits d’appel, le brevet '693 comprend un sous-enrobage créé *in situ*, pourvu qu’il comporte toutes les caractéristiques exigées par la revendication 1. Comme je l’ai mentionné, et en toute déférence, je ne trouve rien dans l’avis d’allégation qui confirme une telle position. Je le répète, l’avis d’allégation affirme à plusieurs reprises qu’un sous-enrobage *in situ* n’est pas couvert par le brevet '693.

[35] Dans son plaidoyer écrit, Apotex soutient qu’elle [TRADUCTION] «nie vigoureusement toute allégation que sa formulation contiendra un tel sous-enrobage et affirme, vu l’ensemble de la preuve, qu’Astra a clairement échoué dans sa tentative d’en démontrer l’existence». Lors de l’argumentation, Apotex a accepté pour les fins des présentes procédures que le brevet puisse couvrir un sous-enrobage *in situ*, mais note cependant qu’un tel sous-enrobage n’est pas mentionné au brevet, et que les témoins experts ont dû [TRADUCTION] «essayer de créer un système visant à déterminer une contrefaçon que le brevet n’envisage pas». Apotex reconnaît toutefois l’existence d’un composé réactif dans ses comprimés, mais prétend qu’il ne constitue pas [TRADUCTION] «un sous-enrobage *in situ* contrefait» étant donné que «pour contrefaire, le composé doit être continu, inerte et polymère». J’interprète donc la mention, dans son plaidoyer écrit, «d’un tel sous-enrobage» comme s’entendant d’un sous-enrobage contrefait parce qu’il est continu, inerte et polymère. Je me répète: je suis incapable de trouver une telle assertion, expresse ou implicite, dans son énoncé détaillé. Dans son avis d’allégation, Apotex n’évoque pas un sous-enrobage non contrefait dans le contexte où elle en débat maintenant. Au lieu de quoi, elle nie que le composé réactif constitue un sous-enrobage au sens du brevet.

[36] Il est évident qu’Apotex remet en question la façon dont la Cour d’appel fédérale a interprété le brevet '693. Je suis liée par cette interprétation et, par conséquent, pour les fins des procédures visées en ce qui a trait au Règlement, Apotex est liée elle aussi.

[37] Dans sa formulation actuelle, l’avis d’allégation repose sur une question d’interprétation que l’on a résolue

drafted. It does not (with respect to infringement) allege that the Apotex reactive material is non-infringing because it is not continuous, inert and polymeric; it alleges it does not infringe because the '693 patent does not contemplate a layer of reactive material at all. That construction is, in view of *AB Hassle*, incorrect.

[38] Apotex also argues that in putting forth its position that its reactive "layer" or "interface" or "subcoating" is non-infringing because it is not inert, continuous or polymeric, it is merely answering the case that AstraZeneca put forth and that "AstraZeneca's conduct in the proceeding estops AstraZeneca from arguing that the NOA does not disclose any allegation regarding the layer being continuous, inert or polymeric".

[39] I agree with AstraZeneca that, notwithstanding Apotex' vigorous oral arguments in this respect, the written memorandum is silent in this regard. Since Apotex maintains that the arguments are contained at paragraph 37 of its memorandum, I have carefully reviewed that paragraph. The paragraph does not mention that Apotex' evidence is a response to AstraZeneca's case nor does it refer to AstraZeneca's conduct in relation to this proceeding. Apotex is not entitled, at the hearing, to raise arguments that are not contained in its written argument and of which AstraZeneca has not had notice. Even if I were to conclude otherwise, I would find that Apotex could not succeed.

[40] The notice of application, in relation to the allegation of non-infringement in the NOA, says that the allegation is not justified on two premises. First, AstraZeneca states that Apotex' construction of the patent is flawed because the patent includes within its scope a subcoating found in the finished dosage form regardless of how it was applied or generated. Given the contents of the NOA and detailed statement, it is not surprising that this would be AstraZeneca's primary ground.

[41] Second, AstraZeneca states that, in view of Mr. Justice Kelen's decision, it is uncontroverted that Apotex will have a layer of material between the enteric coating

après qu'il eut été rédigé. S'agissant de la question de la contrefaçon, il n'allègue pas que le composé réactif d'Apotex n'est pas contrefait, au motif qu'il n'est pas continu, inerte et polymère, mais bien parce qu'aucune couche de composé réactif n'est prévue au brevet '693. Cette interprétation est erronée, au vu de *AB Hassle*.

[38] Apotex allègue également qu'en affirmant sa position selon laquelle son «sous-enrobage», «couche» ou «interface» réactif ne constitue pas une contrefaçon parce qu'il n'est pas inerte, continu ou polymère, elle ne fait que répondre aux arguments avancés par AstraZeneca, et que [TRADUCTION] «la conduite d'AstraZeneca au cours des procédures empêche AstraZeneca de soutenir que l'avis d'allégation ne divulgue aucune allégation voulant que la couche soit continue, inerte ou polymère».

[39] Je souscris à la position d'AstraZeneca voulant que, malgré les énergiques plaidoiries d'Apotex à ce sujet, le mémoire écrit n'en fait aucune mention. Étant donné qu'Apotex soutient que les arguments en question sont contenus au paragraphe 37 de son mémoire, j'ai soigneusement révisé ce dernier. Or, il ne mentionne pas que la preuve d'Apotex est une réponse à la preuve d'AstraZeneca, ni ne se réfère à la conduite d'AstraZeneca au cours des présentes procédures. Apotex n'est pas autorisée à soulever à l'audience des moyens qui ne se trouvent pas dans son plaidoyer écrit et dont elle n'a pas notifié AstraZeneca. Et même si je devais conclure autre chose à ce sujet, je jugerais qu'Apotex ne saurait avoir gain de cause.

[40] L'avis de demande pour ce qui est de l'allégation de non-contrefaçon contenue dans l'avis d'allégation, énonce deux motifs pour lesquels l'allégation n'est pas fondée. Premièrement, AstraZeneca déclare qu'Apotex fait une interprétation erronée du brevet puisque celui-ci comprend dans sa portée un sous-enrobage que l'on retrouve dans la forme posologique finale, sans égard à la manière dont il a été appliqué ou généré. Vu le contenu de l'avis d'allégation et de l'énoncé détaillé, il n'est pas étonnant que ce motif soit le principal d'AstraZeneca.

[41] Deuxièmement, en raison de la décision du juge Kelen, AstraZeneca déclare incontesté le fait que les comprimés d'Apotex contiendront une couche de

and the core in its tablets. Since the previous proceeding between these parties with respect to this product had gone to a hearing and the noted finding was contained in the reasons of the applications judge, Apotex, in my view, should not be surprised that AstraZeneca relied upon the finding to support its assertion that Apotex' allegation is not justified. As things now stand, both of the grounds that AstraZeneca advanced are conceded.

[42] AstraZeneca then states further grounds in the alternative. While I have not reviewed all of the documents in relation to Court file No. T-1747-00, it would not surprise me if the alternative grounds are a mirror image of those advanced in the earlier proceeding.

[43] In my view, the oral arguments of Apotex fail to recognize that AstraZeneca's position regarding the disclosure of samples, formulation particulars, and process information relating to Apotex' NDS—to enable it to assess whether a subcoat is present and whether the allegation of non-infringement is justified on any of the other alternative bases asserted by Apotex—is an alternative position. It is expressly stated to be an alternative position and, as such, it does not detract from the primary grounds upon which AstraZeneca rests its case. It is open to AstraZeneca to provide evidence in support of both its primary and alternative grounds.

[44] I do not view the affidavits filed in support of the notice of application through the same lens as Apotex. AstraZeneca filed several affidavits in support of its application. Many of those affidavits are not relevant to this issue. For example, the affidavit of Karen Burke details information regarding the ownership of the patents, receipt of Apotex' NOA and the like. The affidavit of Daphne C. Ripley deals with the publication date for a particular reference. Dr. Kurt Lövgren, one of the inventors of the '693 patent, describes the development process of the omeprazole dosage form.

[45] The affidavits, material to this issue, are those of Drs. James W. McGinity, Gerald S. Brenner and Roland

composé entre l'enrobage gastrorésistant et le noyau. Étant donné que ces mêmes parties s'étaient rendues jusqu'à l'audience lors des procédures antérieures au sujet de ce produit, et que la conclusion dont acte était contenue dans les motifs du juge saisi des demandes, Apotex ne devrait pas être surprise, à mon avis, de voir AstraZeneca s'appuyer sur cette conclusion pour soutenir que l'allégation d'Apotex n'est pas fondée. Dans l'état actuel des choses, les deux moyens avancés par AstraZeneca sont accordés.

[42] AstraZeneca avance des motifs additionnels à titre subsidiaire. Même si je n'ai pas examiné tous les documents relatifs au dossier de la Cour n° T-1747-00, je ne serais pas étonnée de constater que les motifs subsidiaires sont le reflet de ceux allégués dans la procédure antérieure.

[43] À mon avis, les plaidoyers d'Apotex méconnaissent le fait que la position d'AstraZeneca concernant la divulgation des échantillons, les détails de la formulation et l'information sur les procédés relatifs à la PDN d'Apotex—visant à lui permettre de déterminer la présence ou non d'un sous-enrobage, et d'évaluer si l'allégation de non-contrefaçon est justifiée par l'un quelconque des autres motifs subsidiaires invoqués par Apotex—est une position de rechange. Expressément énoncée comme telle, elle n'altère pas les motifs principaux sur lesquels AstraZeneca appuie ses prétentions. AstraZeneca est libre de fournir la preuve étayant ses motifs autant principaux que subsidiaires.

[44] Je ne vois pas du même œil qu'Apotex les affidavits déposés à l'appui de l'avis de demande. AstraZeneca a déposé plusieurs affidavits à l'appui de sa demande. Un bon nombre d'entre eux ne sont pas pertinents à cette affaire. Par exemple, celui de Karen Burke expose en détail des informations sur la propriété des brevets, la réception de l'avis d'allégation d'Apotex et autres éléments du même genre. Celui de Daphne C. Ripley traite de la date de publication d'une antériorité spécifique. M. Kurt Lövgren, un des inventeurs du brevet '693, décrit le procédé de développement de la forme posologique de l'oméprazole.

[45] Les affidavits déterminants pour la présente question en litige sont ceux de MM. James W. McGinity,

Bodmeier, all of whom were tendered as experts. No issue was taken with respect to the qualifications of any of these individuals and for present purposes it is not necessary to review their respective areas of expertise.

[46] Dr. McGinity's affidavit consists of 259 paragraphs, Dr. Brenner's affidavit contains 168 paragraphs and Dr. Bodmeier's affidavit includes 191 paragraphs. When viewed in isolation and at first blush, it could be said that one paragraph in the McGinity affidavit, one paragraph in the Brenner affidavit and two paragraphs of the Bodmeier affidavit invite additional evidence regarding infringement. The paragraphs cannot be construed in that manner when regard is had to the context in which they appear. The paragraphs noted by Apotex, when read fairly and in their context, relate to the construction of the '693 patent (whether it is a process or product patent) and to the matter of the insufficiency of the NOA and detailed statement (to enable a proper assessment of infringement to be conducted). The mere suggestion of possible testing processes for the purpose of demonstrating the deficiencies of Apotex' allegation do not put into play issues that enable Apotex to add, by evidence, to the substance of its detailed statement under the guise of responding to AstraZeneca's case.

[47] In relation to AstraZeneca's conduct, Apotex refers to the Application Judge's reasons in *Novartis*, reported at (2001), 15 C.P.R. (4th) 417 (F.C.T.D.). I do not find that authority to be of assistance here. The primary threshold issue in that case related to whether there was an abuse of process in circumstances where an NOA was withdrawn as a result of "problems regarding compliance with the *Food and Drug Regulations*". The case was concerned with prior art documents and it did not deal with alternative grounds. I do not think that it was incumbent upon AstraZeneca—in circumstances where its notice of application specifically relied upon two delineated bases of attack regarding the allegation of non-infringement and an alternative third basis—to bring a motion to strike the Apotex evidence. The record reveals that there was a motion in relation to the filing of that evidence and then some.

Gerald S. Brenner et Roland Bodmeier qui sont tous présentés comme experts. Aucune contestation ne s'est élevée au sujet des titres et qualités de ces personnes et pour les fins des présentes, il n'est pas nécessaire de passer en revue leurs champs d'expertise respectifs.

[46] L'affidavit de M. McGinity contient 259 paragraphes, celui de M. Brenner 168 et celui de M. Bodmeier 191. On pourrait dire qu'un des paragraphes des affidavits de McGinity et de Brenner, et deux de celui de Bodmeier, considérés isolément et de prime abord, donnent ouverture à des preuves additionnelles sur la contrefaçon. Mais on ne saurait interpréter ainsi ces paragraphes en tenant compte du contexte où ils se trouvent. Interprétés avec impartialité et en contexte, les paragraphes relevés par Apotex se rapportent à l'interprétation du brevet '693 (quant à savoir s'il concerne un procédé ou un produit) et à la question de l'insuffisance de l'avis d'allégation et de l'énoncé détaillé (pour permettre de procéder à un examen correct de la contrefaçon). La simple suggestion d'éventuels processus de mise à l'essai visant à démontrer les faiblesses de l'allégation d'Apotex ne soulève pas des difficultés qui autoriseraient Apotex à bonifier la substance de son énoncé détaillé avec de la preuve, sous le couvert de répondre à l'action d'AstraZeneca.

[47] Quant à la conduite d'AstraZeneca, Apotex se reporte aux motifs du juge qui a statué sur la demande dans l'affaire *Novartis* (2001), 15 C.P.R. (4th) 417 (C.F. 1^{re} inst.). Je ne crois pas que cette décision puisse être de quelque utilité aux présentes. La question fondamentale dans cette affaire était de savoir s'il y avait eu un abus de procédure dans les circonstances où un avis d'allégation a été retiré suite à des «problèmes concernant la conformité au *Règlement sur les aliments et drogues*». L'affaire se rapportait à des documents sur l'état antérieur de la technique et ne traitait pas de moyens subsidiaires. Je ne crois pas qu'il incombait à AstraZeneca—dans des circonstances où son avis de demande s'appuyait précisément sur deux points bien définis pour attaquer l'allégation de non-contrefaçon, et sur un troisième point subsidiaire—d'introduire aussi une requête en radiation de la preuve d'Apotex. Le dossier révèle qu'il y a eu une requête afférente au dépôt de cette preuve, et plus encore.

[48] Nor can I see any basis for Apotex alleging prejudice because of AstraZeneca's conduct. AstraZeneca did not lead Apotex down a garden path. Apotex had clear notice of AstraZeneca's attack regarding its allegation of non-infringement as stated in paragraphs 29 and 30 of its notice of application. It also had notice of the alternative basis. It was open to and prudent for AstraZeneca to cover all avenues in relation to its alternative ground. In so doing, it does not mean that it resiles from or forfeits its primary challenges.

[49] Apotex points to *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.* (2004), 31 C.P.R. (4th) 214 (F.C.) aff'd 2004 FCA 398 (*Pfizer-2*) but I fail to see how it is relevant to this matter. The Federal Court of Appeal upheld the Applications Judge who determined, there, that the NOA was sufficient to alert Pfizer to the basis of Apotex' allegation that it would not infringe because its azithromycin tablets would not contain a dihydrate even though it did not also state that the tablets would contain monohydrate. That is not the situation here. In this matter, the detailed statement is not only silent regarding the fact that an *in situ* subcoat is not inert or continuous, it states that no subcoat exists.

[50] I have also had regard to the decision of Justice von Finckenstein [*AB Hassle v. Apotex Inc.*] in relation to this proceeding which is reported at (2004), 33 C.P.R. (4th) 326 (F.C.). In my opinion, the reasons in that case indicate that the manner in which this proceeding unfolded is illustrative of the gamesmanship that is a recurring problem in this kind of proceeding as noted by Mr. Justice Evans in *Pfizer-2* and detailed in the reasons of Justice von Finckenstein.

[51] At the end of the day, further court orders and the filing of evidence in response does not resolve the basic issue because, as Mr. Justice Stone stated in *AB Hassle-2*, [at paragraph 26] "[t]he question . . . remain[s] whether, given the scheme of the Regulations and the decided cases, it is proper to raise and rely upon new facts in the section 6 proceeding in addition to those relied upon in the . . . detailed statement". The law is

[48] Je ne vois pas non plus qu'Apotex puisse alléguer qu'AstraZeneca lui ait causé quelque préjudice. AstraZeneca ne l'a pas menée en bateau. Dans les paragraphes 29 et 30 de son avis de demande, AstraZeneca a clairement informé Apotex qu'elle entendait attaquer ses allégations de non-contrefaçon. Apotex a été également informée des autres motifs en cause. Il était loisible à AstraZeneca et c'était prudent de sa part de parer à toutes les éventualités en ce qui concerne ses motifs subsidiaires. Ce qui ne signifie pas qu'elle retire ou abandonne ses moyens principaux.

[49] Apotex fait référence à l'affaire *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.* (2004), 31 C.P.R. (4th) 214 (C.F.) conf. par 2004 CAF 398 (*Pfizer-2*), mais je ne vois pas la pertinence de cette cause dans l'affaire présente. La Cour d'appel fédérale a maintenu la décision du juge saisi des demandes qui a déterminé que l'avis suffisait à prévenir Pfizer du fondement de l'allégation d'Apotex, à savoir qu'il n'y aurait pas de contrefaçon parce que ses comprimés d'azithromycine ne contiendraient pas de dihydrate, même s'il n'était pas ajouté qu'ils contiendraient du monohydrate. La situation en l'espèce est différente. Dans l'énoncé détaillé, non seulement on ne parle pas du fait qu'un sous-enrobage *in situ* n'est ni inerte ni continu, on indique qu'il n'y a aucun sous-enrobage.

[50] J'ai aussi examiné la décision du juge von Finckenstein [*AB Hassle c. Apotex Inc.*] (2004), 33 C.P.R. (4th) 326 (C.F.), qui se rapporte à la présente affaire. Comme l'a fait remarquer le juge Evans dans l'arrêt *Pfizer-2* et comme l'explique le juge von Finckenstein dans ses motifs, le déroulement de la présente affaire illustre l'emploi de stratagèmes qui constitue un problème fréquent dans ce genre de procédure.

[51] En définitive, la multiplication des ordonnances et le dépôt de nouvelles preuves en réponse ne permettent pas de régler la question fondamentale en cause, car comme l'a observé le juge Stone dans l'affaire *AB Hassle-2* [2000] A.C.F. n° 855 (C.A.) (QL), au paragraphe 26: «La question [demeure] de savoir si, considérant le régime établi par le Règlement et la jurisprudence, il est approprié de soulever des faits

settled that the entire factual basis is to be set forth in the detailed statement rather than revealed piecemeal when some need happens to arise in a section 6 proceeding. This requirement cannot be remedied by a court order, including an order under subsection 6(7) of the Regulations: *Genpharm*.

[52] In the result, I would not go so far as to grant the declaration sought by AstraZeneca—that Apotex’ letter dated September 26, 2002, is not a notice of allegation as contemplated by the Regulations—because the notice of allegation does contain an allegation of non-infringement that is supported by a detailed statement of the legal and factual basis. However, Apotex cannot add to the contents of its NOA and purport to establish non-infringement by evidence for which no basis is stated in the NOA. To that end, the NOA is deficient because it contains an allegation of non-infringement that turns on what has proven to be an incorrect construction of the ‘693 patent. Not having raised the allegation in its NOA that the reactive material in its product (that it now accepts is present) is not inert, continuous and polymeric, it cannot do so by way of evidence or argument. Consequently, Apotex’ allegation of non-infringement is not justified.

Does Issue Estoppel apply to preclude Apotex from alleging non-infringement and invalidity?

[53] AstraZeneca also relies on the doctrine of issue estoppel. AstraZeneca maintains that Apotex’ allegation of non-infringement in its NOA in this proceeding turns on the construction of claim 1 as did its allegation of non-infringement in its NOA in the previous proceeding. The Federal Court of Appeal has determined the construction issue and Apotex is precluded from relitigating it. Apotex’ concession, for purposes of this hearing, that the ‘693 patent extends to an *in situ* subcoat, in conjunction with the Federal Court of Appeal determination on construction, is dispositive. The

nouveaux et de se fonder sur ceux-ci dans une instance relative à la demande visée à l’article 6 en plus de ceux sur lesquels se fonde l’énoncé détaillé». Dans une instance relative à la demande visée à l’article 6 du Règlement, il est de droit constant que tous les faits seront présentés dans l’énoncé détaillé, et non divulgués par fragments au fur et à mesure des besoins. Aucune ordonnance de la Cour, pas même une ordonnance fondée sur le paragraphe 6(7), ne permet de réparer un manquement à cette exigence. Voir l’arrêt *Genpharm*.

[52] En conclusion, je n’irais pas jusqu’à acquiescer à la déclaration que souhaite obtenir AstraZeneca, selon laquelle la lettre d’Apotex, datée du 26 septembre 2002, ne constitue pas un avis d’allégation tel que prévu par le Règlement, parce que l’avis d’allégation comporte effectivement une allégation de non-contrefaçon qui est étayée par un énoncé détaillé du droit et des faits sur lesquels elle se fonde. Toutefois, Apotex ne peut pas ajouter des éléments à son avis d’allégation en vue d’établir l’absence de contrefaçon par des éléments de preuve sans lien avec son avis d’allégation. Sur ce point, l’avis d’allégation est lacunaire, car il contient une allégation de non-contrefaçon qui repose sur ce qui s’est révélé une mauvaise interprétation du brevet ‘693. Dans son avis d’allégation, Apotex n’a pas mentionné la présence d’un matériau de réaction non inerte, continu et polymère (qu’elle reconnaît maintenant), elle ne peut donc introduire ici cet élément en preuve ou dans son argumentation. C’est pourquoi l’allégation de non-contrefaçon d’Apotex est non fondée.

La préclusion découlant d’une question déjà tranchée peut-elle empêcher Apotex d’alléguer la contrefaçon et l’invalidité?

[53] AstraZeneca appuie également sa demande sur le principe de préclusion découlant d’une question déjà tranchée. Elle soutient que l’allégation de non-contrefaçon d’Apotex, dans son avis d’allégation dans la présente instance, repose sur l’interprétation de la revendication 1 comme son allégation de non-contrefaçon lors de la précédente instance. La Cour d’appel fédérale a tranché la question de l’interprétation du brevet et Apotex n’a pas le droit de la remettre en cause. La concession d’Apotex, aux fins des présentes, que le brevet ‘693 porte sur un sous-enrobage créé *in situ*, ainsi

conditions set out in *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460 (*Danyluk*) are met.

[54] In view of my reasons in relation to the issue regarding the sufficiency of the NOA, I am inclined to agree with AstraZeneca that issue estoppel applies, for the reasons stated by AstraZeneca, regarding Apotex' allegation of non-infringement. However, in the event my determination on the first issue is wrong, I will examine the question of issue estoppel in some detail.

The Arguments

[55] AstraZeneca asserts that the construction issue is dispositive with respect to the question of construction but, even if it were not, the question of infringement itself is the subject of issue estoppel. In the prior proceeding, the issue was whether Apotex' allegation of non-infringement of the '693 patent by reason that there was "no subcoating between the core and the enteric coating" was justified. The same question is raised in the NOA in this proceeding with respect to the same formulation. The construction of the '693 patent by the Federal Court of Appeal was premised on Apotex' acceptance that its tablets would contain an *in situ* subcoat, therefore, this fact was fundamental to the Federal Court of Appeal's decision and issue estoppel applies to preclude Apotex from arguing that its tablets will not contain a subcoat.

[56] Additionally, under the Regulations an order of prohibition can only be granted when an allegation is not justified. In the previous proceeding, AstraZeneca sought a declaration regarding Apotex' NOA and an order of prohibition in the alternative. The Court granted both. Because non-infringement was Apotex' only allegation, the order of prohibition had to be based on non-infringement. Hence a finding of infringement is implicit in the order emanating from the previous proceeding. The Federal Court of Appeal specifically

que la décision rendue par la Cour d'appel fédérale sur l'interprétation, sont concluantes. Les conditions exposées dans l'arrêt *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460 (*Danyluk*) sont réunies.

[54] Vu mes motifs sur la question de savoir si les allégations de non-contrefaçon sont suffisantes, je suis disposée à accorder à AstraZeneca que le principe de préclusion s'applique, compte tenu des raisons présentées par celle-ci concernant l'allégation de non-contrefaçon d'Apotex. Toutefois, au cas où ma conclusion serait erronée sur ce premier point, j'aimerais examiner plus en détail la question de l'application du principe de préclusion.

Les arguments

[55] AstraZeneca affirme que la question de l'interprétation est déterminante, mais même si elle ne l'était pas, la question de la contrefaçon elle-même est visée par le principe de préclusion. Dans l'action précédente, l'enjeu était de déterminer si l'allégation de non-contrefaçon du brevet '693, faite par Apotex, du fait qu'il n'y avait pas de sous-enrobage entre le noyau et la couche gastrorésistante, était fondée. La même question se pose aujourd'hui concernant la même formulation dans l'avis d'allégation. L'interprétation du brevet '693 par la Cour d'appel fédérale était basée sur l'acceptation par Apotex que ses comprimés comporteraient un sous-enrobage *in situ*. Ce fait a constitué un volet fondamental de la décision rendue par la Cour d'appel fédérale. C'est pourquoi le principe de préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'applique de sorte à empêcher Apotex d'avancer que ses comprimés ne comporteront pas de sous-enrobage.

[56] De plus, en vertu du Règlement, une ordonnance d'interdiction ne peut être accordée que dans un cas d'allégation non fondée. Lors de la précédente instance, AstraZeneca avait sollicité une déclaration de la Cour portant sur l'avis d'allégation d'Apotex et, subsidiairement, une ordonnance d'interdiction. La Cour a accordé les deux demandes. Compte tenu que la non-contrefaçon était la seule allégation d'Apotex, l'ordonnance d'interdiction devait être fondée sur la non-contrefaçon. Ainsi, l'ordonnance rendue lors de

recognized, in its reasons, that an order of prohibition existed and it dismissed the appeal. That order of prohibition is extant.

[57] AstraZeneca also argues that issue estoppel applies to preclude Apotex from relying on the testing results of its tablets, or to producing samples for such analysis, and from relitigating certain factual findings made by Mr. Justice Kelen. Apotex' failure to provide samples for testing in the previous proceeding, when it had the opportunity to put forth the evidence and chose not to, estops it from turning around and relying on it now. Additionally, it is bound by the findings of Mr. Justice Kelen that [at paragraph 51]: "[t]here will be a reactive material or 'interface' spontaneously generated when the enteric coating, which consists of polymers, is sprayed on the core which contains omeprazole and alkaline materials"; and "the reactive material would insulate the core from dissolving and would serve the same purpose to an unknown extent as the sub-coating described in Claim 1 of the Patent".

[58] Relying on the reasoning of Mr. Justice Binnie in *Danyluk*, AstraZeneca maintains that Apotex is not entitled to a second bite at the cherry. Apotex chose a litigation strategy in the first proceeding and chose to put its case forth on the basis of construction of the patent. It lost. It cannot now come forth and say we want to try again. AstraZeneca points to the decision of the Federal Court of Appeal in *Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2004] 2 F.C.R. 85 (C.A.) (*P&G*) and says that the test is whether the determination on which it is sought to found estoppel is so fundamental to the substantive decision that the former cannot stand without the latter. Fundamental to an order of prohibition, argues AstraZeneca, is a finding that an allegation of non-infringement is not justified.

l'instance précédente comporte implicitement une conclusion sur la contrefaçon. La Cour d'appel fédérale a expressément reconnu, dans l'énoncé de ses motifs, l'existence d'une ordonnance d'interdiction et a rejeté l'appel. Cette ordonnance d'interdiction existe toujours.

[57] AstraZeneca a également fait valoir que le principe de préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'applique aussi de sorte à empêcher Apotex d'avancer des arguments fondés sur la mise à l'essai de comprimés, ou de produire des échantillons dans le but de faire de telles analyses, et de remettre en litige certaines conclusions du juge Kelen. L'omission d'Apotex de fournir des échantillons pour analyses lors de la précédente instance, au moment où elle avait la possibilité de produire des preuves mais où elle a choisi de s'abstenir, lui interdit de faire volte-face et de les invoquer maintenant. De plus, elle doit se conformer aux conclusions du juge Kelen selon lesquelles [2002 CFPI 931, au paragraphe 51]: «Un composé réactif ou "interface" est généré spontanément lorsque l'enrobage gastrorésistant et entérosoluble, qui est composé de polymères, est pulvérisé sur le noyau, qui contient de l'oméprazole et des substances alcalines»; et «[L]e composé réactif isolerait le noyau, l'empêchant ainsi de se dissoudre et jouerait ainsi le même rôle—jusqu'à un certain point—que le sous-enrobage décrit dans la revendication 1 du brevet».

[58] S'appuyant sur le raisonnement du juge Binnie dans l'arrêt *Danyluk*, AstraZeneca soutient qu'Apotex n'a pas droit à une seconde chance. Apotex a choisi une stratégie lors de la première procédure et a décidé de défendre sa cause à partir de l'interprétation du brevet. Sa démarche a échoué. Elle ne peut revenir à la charge et dire qu'elle veut réessayer. AstraZeneca se réfère à la décision de la Cour d'appel fédérale *Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2004] 2 R.C.F. 85 (C.A.) (*P&G*) et souligne que le critère à l'égard de ce point est de savoir si la décision sur laquelle on cherche à fonder l'irrecevabilité est si fondamentale par rapport à la décision sur le fond que la première décision ne puisse être maintenue sans la seconde. Selon AstraZeneca, il est fondamental qu'avant de rendre une ordonnance d'interdiction, la Cour détermine que l'allégation de non-contrefaçon d'Apotex est non fondée.

[59] Regarding invalidity, AstraZeneca submits that Apotex is estopped from disputing the validity of the '693 patent on the basis of the reasoning in *P&G*. Additionally, the question of whether the patent is valid was necessarily fundamental to the decisions of Mr. Justice Kelen and the Federal Court of Appeal. Apotex, having chosen to allege only non-infringement, necessarily accepted the validity of the '693 patent because if the patent was not valid, Apotex' formulation could not infringe the patent.

[60] Apotex characterizes AstraZeneca's arguments as an attempt to rewrite history. It says that AstraZeneca's primary relief, in the previous proceeding, was a declaration that Apotex' letter did not constitute a notice of allegation contemplated by the Regulations. AstraZeneca succeeded and got its declaration. In obtaining the order of prohibition, AstraZeneca got the only order the Regulations permit, an order prohibiting the Minister from issuing a NOC to Apotex in respect of the pharmaceutical products omeprazole or omeprazole magnesium tablets in certain dosages until after the expiration of certain patents.

[61] There was no finding on the issue of infringement in the previous proceeding at either level of court. The issue was one of construction. The parties were divided on the question of how the patent should be construed. It was a *bona fide* issue. Apotex contends that a careful reading of Mr. Justice Kelen's order reveals that the Minister is prohibited from issuing a notice of compliance with respect to this "purported notice of allegation". According to Apotex, this makes it clear that there could be another allegation. Neither Mr. Justice Kelen nor the Court of Appeal made any finding with respect to infringement. Thus, the prerequisites of issue estoppel are not met.

[62] Referring to *AGF Canadian Equity Fund v. Transamerica Commercial Finance Corp. Canada*

[59] En ce qui concerne la question de l'invalidité, AstraZeneca est d'avis qu'Apotex est empêché, selon le principe de préclusion découlant d'une question déjà tranchée, à remettre en cause la validité du brevet '693 vu le raisonnement exposé dans l'arrêt *P&G*. De plus, la question de la validité du brevet était certainement primordiale pour la Cour d'appel fédérale et pour le juge Kelen. Apotex, qui a choisi d'alléguer la non-contrefaçon seulement, a nécessairement accepté la validité du brevet. Si le brevet n'était pas valide, la préparation d'Apotex ne pourrait pas contrefaire le brevet.

[60] Apotex qualifie les arguments d'AstraZeneca de tentatives pour réécrire l'histoire. Elle affirme que la première demande d'AstraZeneca, lors de l'instance précédente, visait à obtenir un jugement affirmant que la lettre d'Apotex ne constituait pas un avis d'allégation conforme au Règlement. Cette demande a été favorablement accueillie par la Cour. Toutefois, l'ordonnance d'interdiction qu'a obtenue AstraZeneca est la seule ordonnance permise par le Règlement, soit une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité à Apotex relativement aux produits pharmaceutiques oméprazole ou aux comprimés d'oméprazole magnésien en certains dosages, tant que certains brevets ne seront pas expirés.

[61] Aucune décision n'a été rendue sur la question de la contrefaçon lors de la procédure précédente, ni en première instance, ni en appel. La question concernait l'interprétation du brevet. Les deux parties ne s'entendaient pas sur ce point. La question était pertinente. Apotex avance qu'une lecture attentive de la décision du juge Kelen nous apprend que la Cour interdit au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité relativement à «l'avis d'allégation en question». Selon Apotex, il est clair que cette façon de dire n'interdit pas qu'il puisse y avoir une autre allégation. C'est un fait que ni la Cour d'appel ni le juge Kelen n'ont rendu de décision concernant la question de la contrefaçon. C'est pourquoi les conditions préalables à l'application du principe de préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne sont pas réunies.

[62] Faisant référence à l'arrêt *AGF Canadian Equity Fund v. Transamerica Commercial Finance Corp.*

(1993), 14 O.R. (3d) 161 (Gen. Div.), Apotex says that the circumstances, there, are analogous to these circumstances and Justice Borins refused to apply the doctrine of issue estoppel when no decision had been taken on the merits. It is AstraZeneca that should be estopped from arguing that Apotex cannot rely on the testing of its samples in this proceeding when AstraZeneca took the opposite position in the previous proceeding and during the course of this proceeding. Moreover, argues Apotex, the jurisprudence “overwhelmingly establishes that, where an allegation is not decided on its merits, there is no estoppel that prevents a second person from transmitting a new allegation and advancing its case in the manner it sees fit”.

[63] Last, Apotex submits that even if the conditions with respect to issue estoppel are met, I should exercise my discretion not to apply it because to do otherwise would potentially cause an injustice to Apotex. The doctrine is a tool for ensuring the due administration of justice, not for frustrating it. There is a public interest element here and it would be manifestly unfair to allow AstraZeneca to use the Regulations to preserve a monopoly without ever having obtained a determination by the court that Apotex’ conduct would be infringing.

[64] Apotex did not make any submissions regarding AstraZeneca’s argument that the doctrine of issue estoppel applies to Apotex’ allegation of invalidity.

Analysis

[65] I begin by noting that my determination with respect to the application of the doctrines of *res judicata*, issue estoppel or abuse of process is confined to proceedings brought pursuant to the Regulations. The scheme of the Regulations is not designed for *res judicata* determinations of the scope or validity of patents: *Novartis; Pfizer Canada Inc.*

Canada (1993), 14 O.R. (3d) 161 (Div. gén.), Apotex affirme que les circonstances dont il est fait mention dans cette affaire sont similaires à celle de la présente cause et que le juge Borins qui a instruit le procès a refusé d’appliquer le principe de préclusion parce qu’aucune décision n’avait été rendue au fond. Ce serait à AstraZeneca que l’on devrait interdire, en vertu du principe de préclusion, de soutenir qu’Apotex ne peut avoir recours à des tests d’échantillon dans la présente instance alors qu’AstraZeneca, lors de l’instance précédente et au cours de la présente instance, adoptait au regard de cette question une position opposée à celle qui est la sienne maintenant. De plus, Apotex fait valoir que la jurisprudence [TRADUCTION] «établit amplement que lorsque aucun jugement au fond n’a été rendu relativement à une allégation, il n’y a pas de préclusion qui puisse empêcher une deuxième personne de transmettre une nouvelle allégation et de défendre sa cause de la manière qu’elle jugera bon».

[63] Finalement, Apotex affirme que même si les conditions d’application du principe de préclusion sont réunies, le tribunal a le droit d’exercer son pouvoir discrétionnaire et de refuser de l’appliquer, car le contraire pourrait éventuellement s’avérer injuste pour Apotex. Ce principe est un outil qui vise à favoriser l’administration ordonnée de la justice, non à la mettre en échec. Ce procès met en jeu l’intérêt public et il serait manifestement injuste de permettre à AstraZeneca d’invoquer le Règlement pour conserver son monopole, sans même avoir obtenu un jugement de la Cour statuant que le procédé d’Apotex constitue une contrefaçon.

[64] Apotex n’a fait aucune remarque concernant l’argument d’AstraZeneca que le principe de préclusion découlant d’une question déjà tranchée s’appliquait à l’allégation d’invalidité d’Apotex.

Analyse

[65] D’abord, je fais remarquer que les aspects de ma décision qui concernent l’application des principes de l’autorité de la chose jugée, de la préclusion ou de l’abus de procédure sont restreints aux demandes présentées en vertu du Règlement. Le régime établi par le Règlement ne permet pas à la Cour de rendre des décisions ayant l’autorité de la chose jugée au sujet de la portée ou de la

[66] Mr. Justice Binnie explains the rationale behind the doctrine of issue estoppel, a branch of *res judicata*, in *Danyluk* [at paragraphs 18-19]:

The law rightly seeks a finality to litigation. To advance that objective, it requires litigants to put their best foot forward to establish the truth of their allegations when first called upon to do so. A litigant, to use the vernacular is only entitled to one bite at the cherry. . . . An issue, once decided, should not generally be re-litigated to the benefit of the losing party and the harassment of the winner. A person should only be vexed once in the same cause. Duplicative litigation, potential inconsistent results, undue costs, and inconclusive proceedings are to be avoided.

Finality is thus a compelling consideration and judicial decisions should generally be conclusive of the issues decided unless and until reversed on appeal. However, estoppel is a doctrine of public policy that is designed to advance the interests of justice.

[67] The preconditions to the operation of issue estoppel are: that the same question has been decided; that the judicial decision which is said to create the estoppel was final; and, that the parties to the judicial decision were the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised: See *P&G*.

[68] It is common ground that the judicial decision (the order of prohibition) said to create the estoppel was final and that the same parties were involved. The disagreement arises with respect to whether the issue of “infringement” can be said to have been necessarily—even if not explicitly—determined in the earlier proceeding. In other words, is the issue of infringement so fundamental to the substantive decision that the latter cannot stand without the former?

[69] I appreciate AstraZeneca’s position that Mr. Justice Kelen’s order prohibiting the Minister from

validité des brevets: voir les arrêts *Novartis* et *Pfizer Canada Inc.*

[66] M. le juge Binnie explique la raison d’être de la doctrine de la préclusion, un volet de la doctrine de l’autorité de la chose jugée, dans l’arrêt *Danyluk* [aux paragraphes 18 et 19]:

Le droit tend à juste titre à assurer le caractère définitif des instances. Pour favoriser la réalisation de cet objectif, le droit exige des parties qu’elles mettent tout en œuvre pour établir la véracité de leurs allégations dès la première occasion qui leur est donnée de le faire. Autrement dit, un plaideur n’a droit qu’à une seule tentative. [. . .] Une fois tranché, un différend ne devrait généralement pas être soumis à nouveau aux tribunaux au bénéfice de la partie déboutée et au détriment de la partie qui a eu gain de cause. Une personne ne devrait être tracassée qu’une seule fois à l’égard d’une même cause d’action. Les instances faisant double emploi, les risques de résultats contradictoires, les frais excessifs et les procédures non décisives doivent être évités.

Le caractère définitif des instances est donc une considération impérieuse et, en règle générale, une décision judiciaire devrait trancher les questions litigieuses de manière définitive, tant qu’elle n’est pas infirmée en appel. Toutefois, la préclusion est une doctrine d’intérêt public qui tend à favoriser les intérêts de la justice.

[67] Les conditions d’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée sont: 1) que la même question ait été décidée dans une procédure antérieure, 2) que la décision judiciaire antérieure soit définitive, 3) que les parties ou leurs ayants droit soient les mêmes dans chacune des instances. Voir *P&G*.

[68] Tous conviennent que la décision judiciaire (l’ordonnance d’interdiction) à l’origine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée était définitive et que ce sont les mêmes parties qui étaient en cause. Le désaccord survient au regard de la question de la contrefaçon. Peut-on dire qu’elle a nécessairement fait l’objet d’une décision, même non explicitement, lors de l’instance précédente? En d’autres mots, la question de la contrefaçon est-elle si fondamentale à la décision au fond que cette dernière ne peut être rendue sans d’abord trancher la première?

[69] Je prends en compte la position d’AstraZeneca selon laquelle l’ordonnance du juge Kelen interdisant au

issuing a NOC—notwithstanding the reference “with respect to this purported notice of allegation”—must be taken to have implicitly decided that Apotex’ allegation of non-infringement contained in its NOA was not justified. However, I have difficulty reconciling that position with Justice Kelen’s statement that [at paragraph 51] “[i]t is not possible to determine whether the allegation of non-infringement is justified based on speculation and conjecture by the experts”.

[70] In the Federal Court of Appeal, Apotex conceded that if claim 1 of the ’693 patent was construed (as it was) as disclosing a tablet which contains a subcoating or separating layer between the core and enteric coating in its finished product form, however the subcoating or separating layer is formed, its appeal must fail. The Court of Appeal, in those circumstances, found it unnecessary to address the issue of infringement. Yet, had it done so, it would have had regard to Apotex’ NOA. Apotex does not suggest that the conclusion could have been anything other than its allegation of non-infringement was not justified. Otherwise, it would have no reason to concede that construction of the patent was determinative.

[71] Therefore, in my view, since Apotex alleged only non-infringement and the Regulations mandate that an order of prohibition shall issue where none of the allegations is justified, it is not a leap of faith to conclude that a finding that the allegation of non-infringement is not justified is fundamental to the substantive decision—the order of prohibition.

[72] However, there is another reason why issue estoppel applies and it applies equally to the allegations of non-infringement and invalidity in this proceeding.

[73] The general rule, stated in *P&G*, is that a party in one proceeding is estopped from raising an issue that it could and should have raised in a previous proceeding between the parties. Although this form of estoppel is of the weaker variety, when the conditions are met, it is a

ministre de la Santé de délivrer à Apotex un avis de conformité—malgré la mention «relativement à l’avis d’allégation en question»—comportait un jugement implicite que l’allégation de non-contrefaçon d’Apotex était non fondée. J’ai du mal, toutefois, à concilier cette position avec la phrase suivante du juge Kelen [au paragraphe 51]: «Il n’est pas possible de décider si l’allégation d’absence de contrefaçon est fondée en se fondant sur les spéculations et les conjectures des experts».

[70] Devant la Cour d’appel fédérale, Apotex a concédé que s’il résultait de l’interprétation de la revendication n° 1 que celle-ci décrit un comprimé qui, dans sa forme finale, comprend un sous-enrobage ou une couche séparant le noyau de l’enrobage gastrorésistant et entérosoluble, sans égard à la façon dont est formée la couche séparatrice, son appel était voué à l’échec. Comme cela s’est effectivement réalisé, la Cour n’a pas jugé nécessaire d’examiner la question de la contrefaçon. L’eût-elle fait que cela aurait été au regard de l’avis d’allégation d’Apotex. Celle-ci ne dit pas que le jugement de la Cour aurait pu être autre que de décider que son allégation de non-contrefaçon était non fondée. Autrement, elle n’aurait aucune raison de concéder que l’interprétation du brevet était déterminante.

[71] Selon moi, comme l’avis d’allégation d’Apotex ne concerne que la non-contrefaçon et que le Règlement prévoit qu’une ordonnance d’interdiction doit être rendue si aucune des allégations n’est fondée, ce n’est pas faire acte de foi que de conclure qu’il est essentiel de décider si l’allégation de non-contrefaçon est fondée avant de prendre la décision qui nous importe ici, soit de délivrer une ordonnance d’interdiction.

[72] Toutefois, il y a une autre raison pour laquelle le principe de préclusion découlant d’une question déjà tranchée s’applique ici, autant à l’allégation de non-contrefaçon qu’à la question de l’invalidité.

[73] La règle générale, telle qu’énoncée dans le jugement *P&G*, est qu’une partie à une instance ne peut soulever une question qu’elle pouvait ou aurait pu soulever dans une instance précédente entre les parties. Quoique cette forme de préclusion soit de moindre force,

matter of discretion as to whether the party should not be estopped. The basis for the rule is referenced in *P&G*, where the Court [at paragraph 25] cites Lord Denning in *Fidelitas Shipping Co. Ltd. v. V/O Exportchleb*, [1965] 2 All E.R. 4 (C.A.):

The rule then is that each party must use reasonable diligence to bring forward every point which he thinks would help him. If he omits to raise any particular point, from negligence, inadvertence, or even accident (which would or might have decided the issue in his favour), he may find himself shut out from raising that point again, at any rate in any case where the self-same issue arises in the same or subsequent proceedings.

[74] The Supreme Court of Canada, in *Maynard v. Maynard*, [1951] S.C.R. 346 relied upon indistinguishable reasoning when it referred, at pages 358-359, to a passage from *Green v. Weatherill*, [1929] 2 Ch. 213:

I believe I state the rule of the Court correctly when I say that where a given matter becomes the subject of litigation in and of adjudication by a court of competent jurisdiction, the Court requires the parties to that litigation to bring forward their whole case and will not (except under special circumstances) permit the same parties to open the same subject of litigation in respect of matter [*sic*] which might have been brought forward as part of the subject in contest, but which was not brought forward only because they have from negligence, inadvertence or even accident, omitted part of their case. The plea of *res judicata* applies, except in special cases, not only to points upon which the Court was actually required by the parties to form an opinion and pronounce a judgment, but to every point which properly belonged to the subject of litigation and which the parties, exercising reasonable diligence, might have brought forward at the time.

[75] Assuming that I were satisfied (and I am not) that, in addition to an allegation of invalidity, Apotex raises facts with respect to non-infringement in its NOA in this proceeding that it did not address in its NOA in the previous proceeding, the question (regarding both invalidity and non-infringement) is—could or should Apotex have raised those issues and facts in the previous proceeding?

[76] Apotex points to a number of cases where the Court has rejected the first person's argument that a

lorsque les conditions sont réunies, le tribunal a le pouvoir discrétionnaire de refuser d'appliquer la préclusion. Le fondement de la règle est expliqué dans l'arrêt *P&G*, lorsque la Cour [au paragraphe 25] cite les propos de lord Denning dans *Fidelitas Shipping Co. Ltd. v. V/O Exportchleb*, [1965] 2 All E.R. 4 (C.A.):

La règle veut alors que chaque partie doit faire preuve de diligence pour invoquer tous les points susceptibles de la favoriser. Si une partie, soit par négligence, inadvertance ou même accident, omet de soulever un point particulier (qui lui aurait permis, ou peut-être permis d'obtenir gain de cause), elle peut se voir refuser l'occasion de soulever à nouveau ce point-là, du moins dans la même action et dans toute action subséquente portant sur le même litige.

[74] La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Maynard v. Maynard*, [1951] R.C.S. 346, soutient un raisonnement similaire quand elle fait référence, aux pages 358 et 359, au passage suivant de la décision *Green v. Weatherill*, [1929] 2 Ch. 213:

[TRADUCTION] J'espère exprimer correctement la règle que s'est imposée la présente Cour quand j'affirme que si un point donné devient litigieux et qu'un tribunal compétent le juge, on exige des parties qu'elles soumettent toute leur cause et, sauf dans des circonstances spéciales, on n'autorisera pas ces parties à rouvrir le débat sur un point qui aurait pu être soulevé lors du litige, mais qui ne l'a pas été pour l'unique raison qu'elles ont omis de soumettre une partie de leur cause, par négligence, inadvertance ou même par accident. Le plaidoyer de la chose jugée porte, sauf dans des cas spéciaux, non seulement sur les points sur lesquels les parties ont en fait demandé au tribunal d'exprimer une opinion et de prononcer jugement, mais sur tout point qui faisait objectivement partie du litige et que les parties auraient pu soulever à l'époque, si elles avaient fait preuve de diligence.

[75] En admettant que je sois convaincue (et je ne le suis pas) qu'en plus d'une allégation d'invalidité, Apotex soulève maintenant dans son avis d'allégation des faits concernant la non-contrefaçon dont il n'était pas fait mention dans l'avis d'allégation lors de l'instance précédente, une question se pose tant à l'égard de l'invalidité que de la non-contrefaçon: Apotex pouvait-elle ou aurait-elle dû présenter ces faits ou soulever ces questions lors de l'instance précédente?

[76] Apotex fait référence à nombre d'affaires dans lesquelles la Cour a rejeté l'argument d'une première

second person is estopped, by the doctrine of *res judicata* or abuse of process, from transmitting a new allegation and advancing its case in the manner it sees fit. I have reviewed each of those authorities and conclude that they do not assist Apotex in the present circumstances. A summary of the jurisprudence regarding the filing of more than one NOA is contained in the reasons of Mr. Justice Blais in *Novartis*, and I need not review it in detail here. As I understand it, the jurisprudence holds that a subsequent NOA is permissible when a previous NOA has been withdrawn due to difficulties in meeting regulatory requirements or where the subsequent NOA is separate and distinct from the previous one (such as a new formulation) or where a procedural defect with respect to the previous NOA opens the door for the transmission of a subsequent NOA. In the cases advanced by Apotex, orders of prohibition had not been made in the previous proceedings, even where the matters had gotten to that stage. Here, an order of prohibition did issue and Apotex' appeal of that order was dismissed.

[77] *AGF Canadian Equity Fund* was concerned with an action. The plaintiff's statement of claim was struck without leave to amend. The plaintiff filed a new statement of claim and the Court held that the plaintiff was not precluded from so doing. The matter was not *res judicata* because there had never been a hearing, so there was no determination on the merits. There is no analogy to be drawn from that case. Apotex' previous NOA was not struck before the matter proceeded to a hearing. As noted, Apotex had both a hearing and an appeal with respect to its previous NOA. Nor is Mr. Justice Lemieux's decision in *Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. v. RhoxalPharma Inc.* (2004), 34 C.P.R. (4th) 218 (F.C.), where he exercised his discretion not to apply issue estoppel, of relevance here. AstraZeneca's position with respect to sample production was pleaded in the alternative and has been consistent. That was not the situation before Justice Lemieux.

personne voulant qu'il soit interdit à une deuxième personne, en vertu du principe de la chose jugée ou de l'abus de procédure, de transmettre une nouvelle allégation et d'ainsi défendre sa cause comme elle juge bon. J'ai pris connaissance de toutes ces décisions et je conclus qu'elles n'apportent rien qui favorise Apotex dans les circonstances actuelles. Dans ses motifs dans la décision *Novartis*, le juge Blais effectue un examen sommaire de la jurisprudence en ce qui concerne la présentation de plus d'un avis d'allégation, et il n'est pas utile de reprendre ces éléments en détail ici. Si je comprends bien, la jurisprudence permettrait de présenter un avis d'allégation subséquent lorsqu'un précédent avis d'allégation a dû être retiré parce qu'il n'était pas conforme aux exigences du Règlement ou lorsque le deuxième avis d'allégation est distinct du premier (parce qu'il concerne une formulation différente, par exemple) ou bien lorsqu'un vice de forme constaté à l'égard du premier avis a ouvert la porte à la présentation d'un nouvel avis. Dans les exemples qu'Apotex met de l'avant, des ordonnances d'interdiction n'avaient pas été délivrées lors de l'instance précédente, même dans les situations où les choses étaient rendues à cette étape. Dans la cause qui nous intéresse ici, une ordonnance d'interdiction a été délivrée et l'appel d'Apotex concernant cette ordonnance a été rejeté.

[77] L'affaire *AGF Canadian Equity Fund*, concernait une action. La déclaration de la demanderesse a été radiée sans autorisation de modification. Elle a présenté alors une nouvelle déclaration, mais la Cour a statué que celle-ci n'était pas irrecevable. Le principe de la chose jugée ne s'appliquait pas ici, car l'affaire n'avait pas été entendue au fond. Il n'y a pas d'analogie à faire avec cette affaire. L'avis d'allégation antérieur d'Apotex n'a pas été radié avant que l'affaire n'ait été entendue. Comme il a été mentionné précédemment, la cause concernant l'avis d'allégation d'Apotex a été entendue lors de l'instance précédente et a fait l'objet d'un appel. Je ne considère pas non plus qu'il soit pertinent d'invoquer ici la décision prise par le juge Lemieux, dans l'affaire *Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. c. RhoxalPharma Inc.* (2004), 34 C.P.R. (4th) 218 (C.F.), d'utiliser son pouvoir discrétionnaire pour refuser d'appliquer la préclusion. La position d'AstraZeneca au regard de la présentation d'échantillon du produit à titre de preuve constituait une prétention subsidiaire et est

[78] The hurdle that Apotex has to get over is *P&G*. In that case, *P&G* submitted a reissued patent for inclusion on the patent register maintained pursuant to the Regulations. On its face, the patent had an issue date of June 11, 1996. Genpharm moved to dismiss *P&G*'s application for an order of prohibition on the basis that the patent was not eligible for inclusion on the patent register as it had not been submitted within 30 days of issuance as required by subsection 4(4) of the Regulations. The Federal Court of Appeal's reasons deal with two discrete issues. It is only the question of issue estoppel that is pertinent to this matter. *P&G* argued that the question—whether the patent in question was eligible for inclusion on the patent register—was *res judicata* and subject to the doctrine of issue estoppel because in prior litigation between the same parties in relation to the same patent, the matter was or could have been raised. The Federal Court of Appeal agreed.

[79] Apotex does not argue that it could not have alleged (in its previous NOA), in addition to its product not containing a subcoat, that its product would not, in any event, contain an interface or layer that was inert, continuous and polymeric. Rather, it says that its NOA in the previous proceeding raised a construction issue, that “construction” was the only issue and that it was a “*bona fide* issue” warranting determination. I do not disagree that the construction of claim 1 of the patent was a *bona fide* issue. Construction of a patent or specific claims of a patent is an issue in all cases.

[80] It seems to me that Apotex' submission begs the question. It did, in the previous proceeding, allege non-infringement. Thus, it put the issue of “infringement” into play. It does not advance any explanation for its failure to put its best foot forward in

demeurée la même. Ce qui n'était pas la situation dans l'affaire entendue par le juge Lemieux.

[78] Le gros obstacle pour Apotex est l'arrêt *P&G*. Dans cette affaire, la société Proctor & Gamble a fait une demande fondée sur le Règlement pour qu'un brevet redélivré soit inscrit au registre. Il appert à la lecture du brevet qu'il a été délivré le 11 juin 1996. S'appuyant sur le fait que le brevet redélivré ne pouvait être inscrit au registre parce que la demande d'inscription n'avait pas été faite dans les 30 jours après la date de délivrance du brevet conformément au paragraphe 4(4) du Règlement, Genpharm a interjeté un appel pour que soit rejetée la demande d'ordonnance d'interdiction présentée par Proctor & Gamble. Les motifs de la Cour d'appel fédérale traitent de deux questions distinctes. Pour l'affaire qui nous intéresse, seule la question de la préclusion est pertinente. Proctor & Gamble plaideait que la question de déterminer si le brevet en cause était admissible à l'inscription au registre était chose jugée et qu'en l'occurrence le principe de préclusion s'appliquait puisque cette question avait été ou aurait pu être soulevée dans un litige précédent opposant les mêmes parties au regard du même brevet. La Cour d'appel fédérale a acquiescé.

[79] Apotex ne prétend pas qu'elle n'aurait pas pu alléguer (dans son précédent avis d'allégation) qu'en plus du fait que son produit ne comportait pas de sous-enrobage, que son produit, ne contiendrait pas de toute façon d'interface ou de couche inerte, continue et polymère. Elle affirme plutôt que l'avis d'allégation de l'instance précédente soulevait la question de l'interprétation du brevet et que cette question d'«interprétation» était la seule question litigieuse, et que c'était une question pertinente qu'il fallait trancher. Je ne nie pas que la revendication 1 du brevet était une question pertinente. L'interprétation d'un brevet ou de revendications d'un brevet sont des questions qu'il convient toujours d'examiner.

[80] Il me semble que l'argument d'Apotex élude la question. Lors de l'instance précédente, Apotex a allégué la non-contrefaçon. Elle a donc mis en jeu la question de la contrefaçon. Elle ne fournit aucune explication au regard de son incapacité à présenter ses meilleurs

the previous proceeding. To accept its submission, in my view, is tantamount to allowing it to split its case. It enables Apotex to test the waters on the construction of the patent and then, if unsuccessful (as it was), to recast its case and get a second bite at the cherry. While I would not go so far as to say (using the words of Mr. Justice Evans in *P&G*) that Apotex has hidden in the weeds, holding back a defence for use in subsequent litigation, it certainly put all its eggs in one basket. This omission is not of a procedural or technical nature; it is substantive. Apotex has not persuaded me that the conditions for *issue estoppel* have not been met regarding the issue of “infringement”.

[81] In so far as invalidity is concerned, Apotex makes no submissions in that regard. I am proceeding on the assumption that Apotex considers, since it did not raise invalidity in the previous proceeding, that the issue was not determined and therefore issue estoppel does not apply. AstraZeneca’s position—that Apotex, by alleging only non-infringement in the previous proceeding, necessarily accepted the validity of the ‘693 patent because if the patent was not valid, Apotex’ formulation could not infringe the patent—stands uncontroverted. Apotex does not suggest that it could not or should not have raised invalidity in the previous proceeding. Moreover, in view of counsel’s response to my question in this respect (See: Transcript, at pages 1130-1133), it appears, on this issue, that Apotex may very well have been hiding in the weeds. I accept AstraZeneca’s argument and my comments regarding splitting the case apply with equal force to the issue of invalidity. That issue is deemed to have been decided.

[82] I turn now to the question of whether, notwithstanding that issue estoppel applies, I should exercise my discretion not to apply the doctrine. Both AstraZeneca and Apotex insist that justice is achieved by the position that each asserts. My task, as I see it, is to view the matter from a broader perspective and look to interests that transcend those of the immediate parties.

arguments lors de l’instance précédente. Selon moi, accepter l’argument présenté par Apotex équivaut à lui donner l’occasion de plaider sa cause de deux façons différentes. Cela lui permet de prendre le pouls de la situation en ce qui concerne l’interprétation du brevet, et si cela s’avère infructueux (comme ce fut le cas), elle peut remanier ses arguments et avoir une seconde chance. Je n’irais pas jusqu’à affirmer (comme le juge Evans dans l’arrêt *P&G*) qu’Apotex a caché ses intentions en conservant une défense pour un litige subséquent, mais elle a certainement mis tous ses œufs dans le même panier. Cette omission de sa part n’est pas une lacune de pure forme; c’est une question de fond. Apotex ne m’a pas persuadée que les conditions d’application du principe de préclusion n’étaient pas réunies en ce qui concerne la question de la «contrefaçon».

[81] En ce qui concerne l’invalidité, Apotex n’a présenté aucune observation. Comme elle n’a pas soulevé la question de l’invalidité lors de l’instance précédente, je suppose qu’Apotex considère que, la question n’ayant pas été tranchée, le principe de préclusion ne peut s’appliquer. La position d’AstraZeneca selon laquelle Apotex, en alléguant uniquement la non-contrefaçon lors de l’instance précédente, a nécessairement accepté la validité du brevet ‘693—parce que s’il n’était pas tenu pour valide, la préparation d’Apotex ne pourrait le contrefaire—n’a pas été contestée. Apotex ne dit pas qu’elle ne pouvait pas ou n’aurait pas dû soulever la question de l’invalidité lors de l’instance précédente. De plus, si je considère la réponse de l’avocat à ma question sur ce sujet (voir la Transcription, aux pages 1130 à 1133), il semble bien qu’Apotex ait effectivement caché ses intentions. J’accepte les arguments d’AstraZeneca et le commentaire que j’ai fait précédemment concernant le souhait d’Apotex de plaider deux fois sa cause s’applique tout autant à la question de l’invalidité. Je juge que cette question a déjà été tranchée.

[82] Je me demande maintenant si, malgré l’applicabilité du principe de préclusion, je devrais exercer mon pouvoir discrétionnaire pour ne pas l’appliquer. AstraZeneca et Apotex insistent toutes les deux pour dire que leur position respective permet d’assurer la justice. Mon rôle, comme je le conçois, est d’aborder la situation sous une perspective plus large et de prendre en compte les intérêts qui transcendent ceux des parties immédiatement en cause.

[83] In considering whether to exercise my discretion in Apotex' favour, I embark upon a fact-specific exercise involving consideration of a number of factors. My first observation is that there is no suggestion that the previous proceeding was tainted by fraud or dishonesty or that there exists fresh new evidence, previously unavailable, that conclusively impeaches the original result: *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77 (*CUPE*). Apotex does not suggest that the record it seeks to have adjudicated in this proceeding was not available to it (or could not have been available to it) in the previous proceeding. I have also considered that Apotex does not suggest that the stakes of the previous proceeding did not warrant its full attention: *CUPE*. Apotex is not a stranger to litigation.

[84] I have considered the nature of section 6 proceedings and the fact that their scope is confined to administrative purposes and that they are to be held expeditiously: See: paragraphs 12-15 herein.

[85] I have considered that the Regulations are a public regulatory scheme for regulating the marketing of new medicines and that their purpose is to effect a balance between protection of a patentee's rights and the public interest in the encouragement of research on the one hand and the public interest in competition and cheaper medicines on the other hand: *P&G per Mr. Justice Evans*.

[86] I have considered that the public policy in question must be of substantial importance in order to override the public interest in the finality of litigation and that the litigation, here, is between two private parties: *Ibid*, per Mr. Justice Rothstein for the majority.

[87] I have considered the interests of those collaterally affected, in other words, the interests of those who have chosen to advance the grounds relied upon in a NOA (rather than splitting the case) and have been

[83] Dois-je exercer mon pouvoir discrétionnaire en faveur d'Apotex? La réponse à cette question exige que je procède à un examen des faits dans lequel interviennent nombre de facteurs. Ma première observation est que rien ne laisse entendre que l'instance précédente a été entachée de fraude ou de malhonnêteté, ou que de nouveaux éléments de preuve, non disponibles auparavant, ont jeté de façon probante un doute sur le résultat initial. Voir: *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77 (*SCFP*). Apotex ne dit pas qu'elle ne disposait pas des éléments qu'elle soumet présentement à la Cour (ou qu'ils ne pouvaient pas être présentés) lors de l'instance précédente. Elle n'indique pas non plus que les enjeux de l'instance initiale n'étaient pas assez importants pour susciter une réaction vigoureuse et complète. Voir l'arrêt *SCFP*. De plus, Apotex ne manque pas d'expérience pour ce qui est des actions en justice.

[84] J'ai pris en considération la nature des procédures visées par l'article 6, le fait qu'elles ne visent que des fins administratives et qu'elles doivent être entendues le plus rapidement possible. Voir les paragraphes 12 à 15 des présents motifs.

[85] J'ai considéré que le Règlement constitue un régime public réglementant la mise en marché de nouveaux médicaments et qu'il vise à atteindre l'équilibre entre, d'une part, la protection des droits du breveté et l'intérêt public quant à l'encouragement de la recherche et, d'autre part, l'intérêt public en matière de concurrence et de médicaments à meilleur coût. Voir les propos du juge Evans dans l'arrêt *P&G*.

[86] J'ai considéré que la politique publique en question doit être d'une importance substantielle pour l'emporter sur l'intérêt public dans le caractère définitif des décisions judiciaires, et que le litige, ici, oppose deux parties privées. Voir les propos du juge Rothstein qui s'exprime au nom de la majorité de la Cour dans l'arrêt *P&G*.

[87] J'ai aussi considéré les intérêts des personnes indirectement touchées, c'est-à-dire de celles qui ont choisi de faire valoir les moyens exposés dans leur avis d'allégation (plutôt que de tenter de scinder la cause) et

unsuccessful: *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2000), 10 C.P.R. (4th) 38 (F.C.T.D.); aff'd (2002), 18 C.P.R. (4th) 558 (F.C.A.).

qui ont perdu. Voir la décision *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (2000), 10 C.P.R. (4th) 38 (C.F. 1^o inst.); conf. par (2002), 18 C.P.R. (4th) 558 (C.A.F.).

[88] I have considered the public interest in the finality of litigation and specifically the uncertainty created in not knowing when it is over. I have considered the integrity and credibility of the justice system, judicial and administrative resources and costs. I have considered that this proceeding brings into question Mr. Justice Kelen's order of prohibition notwithstanding that Apotex' appeal with respect to the order was dismissed.

[88] J'ai pris en considération le fait qu'il est d'intérêt public que les décisions judiciaires aient un caractère définitif et plus particulièrement l'incertitude que crée le fait de ne pas savoir à quel moment le litige sera clos. J'ai pris en considération l'intégrité et la crédibilité de la justice, les ressources judiciaires et administratives ainsi que les coûts. J'ai considéré le fait que la présente instance remet en cause l'ordonnance d'interdiction délivrée par le juge Kelen, alors que l'appel d'Apotex au regard de ladite interdiction a déjà été rejeté.

[89] I am guided by the principle that although I have a discretion to refuse to apply issue estoppel, in the context of court proceedings, as contrasted with proceedings of administrative tribunals, such discretion is very limited in application and confined to narrow "special circumstances": *P&G*.

[89] Je m'appuie sur le principe que la Cour a le pouvoir discrétionnaire de refuser d'appliquer la préclusion. Cependant, dans le cadre d'un litige devant la Cour, contrairement à un litige devant un tribunal administratif, c'est un pouvoir discrétionnaire d'application très restreinte, utilisé dans des «circonstances exceptionnelles». Voir l'arrêt *P&G*.

[90] I am not satisfied that this matter falls within the special circumstances exception. It boils down, in the end, to a question of whether Apotex should have more than one full opportunity to allege non-infringement and invalidity with respect to the same patent and the same formulation. I think not. The doctrine of issue estoppel applies and Apotex is estopped from alleging non-infringement and invalidity in its NOA.

[90] Je ne crois pas que cette affaire relève de circonstances exceptionnelles. La question se réduit finalement à déterminer si on doit accorder à Apotex une occasion supplémentaire d'alléguer la non-contrefaçon et l'invalidité relativement au même brevet et à la même préparation. À mon avis, la réponse est non. La doctrine de préclusion s'applique et Apotex est empêché d'alléguer la non-contrefaçon et l'invalidité dans son avis d'allégation.

Does the doctrine of abuse of process operate to preclude Apotex from alleging non-infringement and invalidity?

La doctrine de l'abus de procédure a-t-elle pour effet d'empêcher Apotex d'alléguer la non-contrefaçon et l'invalidité?

[91] The Court's power to prevent relitigation extends beyond the limits of the *res judicata* doctrine. In *CUPE*, Madam Justice Arbour discussed the three related doctrines of issue estoppel, abuse of process and collateral attack. A synopsis of the commentary in *CUPE* regarding abuse of process is provided in the paragraphs that follow. Reference to citations is omitted.

[91] Le pouvoir des tribunaux d'empêcher la remise en cause de questions sur lesquelles il a déjà été statué dépasse les limites de la doctrine de la chose jugée. Dans l'affaire *SCFP*, la juge Arbour a traité des trois doctrines connexes que sont la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, l'abus de procédure et la contestation indirecte. Les paragraphes qui suivent comportent un sommaire précis des commentaires exprimés dans

l'affaire *SCFP* relativement à la doctrine de l'abus de procédure. Les références des citations sont omises.

[92] Judges have an inherent and residual discretion to prevent an abuse of the Court's process. The doctrine is used in a variety of legal contexts. It is a flexible doctrine unencumbered by the specific requirements of concepts such as issue estoppel. Courts have applied the doctrine of abuse of process to preclude relitigation in circumstances where the strict requirements of issue estoppel are not met, but where allowing the litigation to proceed would nonetheless violate such principles as judicial economy, consistency, finality and the integrity of the administration of justice.

[93] The policy grounds supporting abuse of process by relitigation are the same as the essential policy grounds supporting issue estoppel. The policy grounds include that there will be an end to litigation and that no one should be twice vexed by the same cause as well as grounds whose aim is to preserve the courts' and litigants' resources, to uphold the integrity of the legal system in order to avoid inconsistent results, and to protect the principle of finality so crucial to the proper administration of justice.

[94] While critics have argued that when the doctrine of abuse of process is used as proxy for issue estoppel it obscures the true question, while adding nothing but a vague sense of discretion, that is not so. In all of its applications, the primary focus of the doctrine of abuse of process is the integrity of the adjudicative function of courts. The focus is less on the interests of the parties and more on the integrity of judicial decision making as a branch of the administration of justice. When the focus is properly on the integrity of the adjudicative process, the motive of the party who seeks to relitigate cannot be a decisive factor.

[95] From the system's point of view, relitigation causes serious detrimental effects and should be avoided

[92] Pour empêcher les abus de procédure, les juges disposent d'un pouvoir discrétionnaire résiduel inhérent. La doctrine s'applique dans des contextes juridiques divers. C'est une doctrine souple qui ne s'encombre pas d'exigences particulières telles que la notion d'irrecevabilité. Les tribunaux ont appliqué la doctrine de l'abus de procédure pour empêcher la réouverture de litiges dans des circonstances où les exigences strictes de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée n'étaient pas remplies, mais où la réouverture aurait néanmoins porté atteinte aux principes d'économie, de cohérence, de caractère définitif des instances et d'intégrité de l'administration de la justice.

[93] Les raisons de principe étayant la doctrine de l'abus de procédure pour remise en cause sont identiques à celles de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Les raisons évoquées comprennent le fait de savoir qu'un litige puisse avoir une fin et que personne ne puisse être tracassé deux fois par la même cause d'action et aussi d'autres raisons visant la préservation des ressources des tribunaux et des parties, le maintien de l'intégrité du système judiciaire afin d'éviter les résultats contradictoires et la protection du principe du caractère définitif des instances si important pour la bonne administration de la justice.

[94] Ceux qui critiquent cette doctrine font valoir que l'utilisation de l'abus de procédure à la place de la préclusion brouille la vraie question sans rien ajouter d'autre qu'une vague impression de pouvoir discrétionnaire. Je ne partage pas cette vue. Dans tous ses cas d'application, la doctrine de l'abus de procédure vise essentiellement à préserver l'intégrité de la fonction judiciaire. L'accent est mis davantage sur l'intégrité du processus décisionnel judiciaire comme fonction de l'administration de la justice que sur l'intérêt des parties. Lorsque l'accent est correctement mis sur l'intégrité du processus, le mobile de la partie qui cherche à rouvrir le débat ne saurait constituer un facteur décisif.

[95] D'un point de vue systémique, la remise en cause s'accompagne de graves effets préjudiciables et il faut

unless the circumstances dictate that relitigation is necessary to enhance the credibility and the effectiveness of the adjudicative process as a whole. Instances where relitigation will enhance, rather than impeach, the integrity of the judicial system include: (1) when the first proceeding is tainted by fraud or dishonesty; (2) where fresh new evidence, previously unavailable, conclusively impeaches the original results; and (3) when fairness dictates that the original result should not be binding in the new context.

[96] The discretionary factors that apply to prevent the doctrine of issue estoppel from operating in an unjust or unfair way are equally available to prevent the doctrine of abuse of process from achieving a similar undesirable result. The bar against relitigation would create unfairness in circumstances where the stakes in the original proceeding were too minor to generate a full and robust response while the subsequent stakes were considerable. Fairness would dictate that the administration of justice would be better served by permitting the second proceeding to go forward than by insisting that finality should prevail. An inadequate incentive to defend, the discovery of new evidence in appropriate circumstances, or a tainted original process may all overcome the interest in maintaining the finality of the original decision.

[97] The doctrines of issue estoppel, collateral attack and abuse of process comprehensively address the concerns that arise when finality in litigation must be balanced against fairness to a particular litigant.

[98] If I am wrong in my determination that issue estoppel applies, then I conclude that Apotex' NOA constitutes an abuse of process for substantially the same reasons provided under the issue estoppel section of these reasons. I reject Apotex' suggestion that the frequency of the occasions upon which it is forced to

s'en garder à moins que des circonstances n'établissent qu'elle est, dans les faits, nécessaire à la crédibilité et à l'efficacité du processus juridictionnel dans son ensemble. Il peut y avoir en effet des cas où la remise en cause pourra servir l'intégrité du système judiciaire plutôt que lui porter préjudice, par exemple: 1) lorsque la première instance est entachée de fraude ou de malhonnêteté, 2) lorsque de nouveaux éléments de preuve, qui n'avaient pu être présentés auparavant, jettent de façon probante un doute sur le résultat initial, 3) lorsque l'équité exige que le résultat initial n'ait pas force obligatoire dans le nouveau contexte.

[96] Les facteurs discrétionnaires qui visent à empêcher que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne produise des effets injustes, jouent également en matière d'abus de procédure pour éviter de pareils résultats indésirables. L'interdiction de la remise en cause peut générer des circonstances qui sont source d'iniquité lorsque les enjeux de l'instance initiale ne sont pas assez importants pour susciter une réaction vigoureuse et complète alors que ceux de l'instance subséquente sont considérables. L'équité commande de conclure que l'autorisation de poursuivre la deuxième instance servirait davantage l'administration de la justice que le maintien à tout prix du principe de l'irrévocabilité. Une incitation insuffisante à opposer une défense, la découverte de nouveaux éléments de preuve dans des circonstances appropriées, ou la présence d'irrégularités dans le processus initial, tous ces facteurs peuvent l'emporter sur l'intérêt qu'il y a à maintenir l'irrévocabilité de la décision initiale.

[97] Les doctrines de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, de la contestation indirecte et de l'abus de procédure répondent adéquatement aux préoccupations qui surgissent lorsqu'il faut pondérer le principe de l'irrévocabilité des jugements et celui de l'équité envers un justiciable particulier.

[98] Si je commets une erreur en appliquant le principe de préclusion, je conclus alors que l'avis d'allégation d'Apotex constitue un abus de procédure pour essentiellement les mêmes raisons que celles évoquées dans la section des présents motifs consacrée au principe de préclusion. Je rejette l'argument d'Apotex qui allègue

respond to an allegation of abuse of process diminishes the merits of the submission in this matter.

[99] Having concluded as I have with respect to the threshold issues, I need not deal with the alternative issues. AstraZeneca has been successful and will have its costs. I have considered the submissions of counsel and the pertinent factors in subsection 400(3) [*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] and I award costs to be assessed at the upper end of Column III of Tariff B. The assessment officer will be directed to assess second counsel fees for attendance at the cross-examinations and the hearing as well as reasonable disbursements with respect to their attendance.

[100] AstraZeneca, in consultation with Apotex, shall submit a draft order, reflecting the appropriate disposition in accordance with these reasons, on or before February 18, 2005. In the event that they cannot agree on the terms of the order, AstraZeneca shall serve and file written submissions and its proposed draft order not later than February 18. Apotex shall serve and file responding submissions and its proposed draft order not later than February 23. Written submissions shall not exceed two pages, double-spaced.

que le nombre d'accusations d'abus de procédure auxquelles elle a dû faire face tend à miner le fondement de l'accusation dans la présente espèce.

[99] Compte tenu de la décision que j'ai prise concernant les questions préliminaires, il n'est pas nécessaire que je traite des questions subsidiaires. AstraZeneca a gagné sa cause et aura droit à ses dépens. J'ai pris en compte les observations des avocats ainsi que les facteurs pertinents du paragraphe 400(3) des Règles [*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], et j'accorde les dépens qui seront fixés selon la limite supérieure de la colonne III du tarif B. L'officier taxateur aura instruction de taxer les honoraires des seconds avocats qui ont assisté aux contre-interrogatoires et à l'audience ainsi que les débours raisonnables au regard de leur participation.

[100] AstraZeneca, en consultation avec Apotex, doit produire un projet d'ordonnance traduisant le dispositif convenable eu égard aux présents motifs au plus tard le 18 février 2005. Dans le cas où les deux parties ne s'entendraient pas sur la formulation de l'ordonnance, AstraZeneca aura alors jusqu'au 18 février pour signifier et verser au dossier des observations écrites et son projet d'ordonnance. Apotex aura jusqu'au 23 février pour signifier et verser au dossier ses observations en réponse et son projet d'ordonnance. Les observations écrites ne doivent pas excéder deux pages à double interligne.

T-595-01
2005 FC 230

T-595-01
2005 CF 230

Métis National Council of Women and Sheila G. Genaille (Applicants)

Conseil national des femmes métisses et Sheila G. Genaille (demandeurs)

v.

c.

The Attorney General of Canada (Respondent)

Le procureur général du Canada (défendeur)

INDEXED AS: MÉTIS NATIONAL COUNCIL OF WOMEN v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (F.C.)

RÉPERTORIÉ: CONSEIL NATIONAL DES FEMMES MÉTISSSES c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.F.)

Federal Court, Kelen J.—Ottawa, January 17, 18 and February 18, 2005.

Cour fédérale, juge Kelen—Ottawa, 17 et 18 janvier et 18 février 2005.

Constitutional Law — Charter of Rights — Aboriginal Peoples — Applicants challenging exclusion from Aboriginal job creation, training program set up to address unemployment among Aboriginal peoples — Whether respondent violated Charter, ss. 15, 28 by excluding applicants from employment programs — Applicants must demonstrate Métis women have encountered difficulties accessing programming, funding under Métis National Council (MNC) national framework structure — No evidence Métis women treated differently on basis of gender, not properly represented by MNC — No evidence of level of support for Métis National Council of Women (MNCW) by Métis Women.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Peuples autochtones — Les demandeurs contestaient leur exclusion d'un programme de formation et de création d'emplois pour les Autochtones qui avait été institué pour lutter contre le chômage parmi les populations autochtones — Le défendeur a-t-il contrevenu aux art. 15 et 28 de la Charte, en excluant les demandeurs des programmes d'accès à l'emploi? — Les demandeurs devaient démontrer que les femmes métisses avaient eu de la difficulté à se prévaloir de programmes ou d'un soutien financier dans la structure nationale du Ralliement national des Métis (RNM) — Il n'a pas été établi que les femmes métisses ont été traitées différemment en raison de leur sexe ou qu'elles n'étaient pas adéquatement représentées par le RNM — La preuve n'a pas été faite du niveau de soutien apporté par les femmes métisses au Conseil national des femmes métisses (CNFM).

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Applicants submitting exclusion from Aboriginal job creation and training program violation of right to equality under Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 28 — Principles governing s. 15 analysis — Whether program imposes differential treatment between claimants, others in purpose, effect — Appropriate comparator group Métis men able to access employment programming, funding through Métis National Council (MNC), affiliates — S.C.C. decision in Native Women's Assn. of Canada v. Canada applied — No evidence MNC failed to properly represent interests of Métis women — No evidence of level of support for MNCW by Métis women — Applicants failed to establish differential treatment by HRDC against Métis women, individual applicant.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Les demandeurs faisaient valoir que leur exclusion d'un programme de formation et de création d'emplois pour les Autochtones constituait une violation des droits à l'égalité garantis par les art. 15 et 28 de la Charte canadienne des droits et libertés — Analyse des principes régissant l'art. 15 — Le programme impose-t-il une différence de traitement entre les réclamants et les autres, quant à son objet ou son effet? — Le groupe de référence à retenir était les hommes métis qui avaient la possibilité d'accéder, grâce au RNM ou à ses affiliés, aux programmes d'accès à l'emploi et aux fonds qui s'y rapportaient — Application de l'arrêt rendu par la C.S.C. dans l'affaire Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada — Il n'a pas été établi que le RNM n'avait pas représenté adéquatement les intérêts des femmes métisses — Absence de preuve de l'appui des femmes métisses au CNFM — Les demandeurs n'ont pas établi que DRHC a appliqué un traitement différent à l'encontre des femmes métisses ou de la demanderesse.

Practice — Mootness — Crown submitting case moot as particular program challenged by applicants ended in March 1999 — Test for mootness set out by S.C.C. two-fold — First branch of test met as no longer concrete dispute between parties concerning Post-Pathways program — As to second branch of test, even if dispute has disappeared, Court exercised discretion to decide application on merits because ruling by Court could have practical impact for applicants under subsequent program.

Practice — Parties — Applicant in case seeking declaration breach of Charter, s. 15 equality rights dying before case heard — Estate seeking to continue application — Charter, s. 15 claim inherently personal — Estate not permitted to continue Charter, s. 15 challenge.

This was an application by the Métis National Council of Women (MNCW) and a Métis woman, challenging their exclusion from an Aboriginal job creation and training program implemented by the Government of Canada to address high levels of unemployment among Aboriginal peoples. The applicants submitted that their exclusion from all aspects of this program, including consultations, administration, agreements and funding, is a violation of their right to equality under sections 15 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The MNCW is a non-profit organization whose mandate is to promote and enhance the well-being of Métis women and their families, and to address issues and concerns of the Métis, particularly women, in Canada and internationally. Following its incorporation, the MNCW had a close working relationship with the Métis National Council (MNC), a national organization representing Métis people across Canada. In 1989, the federal government began developing an Aboriginal-specific employment and training program known as “Pathways to Success”. The program was based on the government’s recognition that Aboriginal communities must be directly involved in managing and allocating funds for training programs within their particular communities. In late 1994, the federal government determined that the Pathways program should be restructured to provide Aboriginal peoples with more responsibility over their human resource development. This restructured program, commenced in 1996, was called the “Post-Pathways Strategy”. Under that program, the federal government transferred and allocated over \$600 million in Aboriginal job funding. Following the expiration of the Post-Pathways program in 1999, Human Resources Development Canada (HRDC) launched a new

Pratique — Caractère théorique — La Couronne a fait valoir que l’affaire était théorique parce que le programme particulier qui était contesté par les demandeurs avait pris fin en mars 1999 — Le principe du caractère théorique d’un différend, exposé par la C.S.C., répond à un double critère — Le premier volet du critère était observé puisqu’il n’existait plus de différend concret entre les parties à propos de la Stratégie postérieure aux Chemins de la réussite — Quant au deuxième volet du critère, même si le différend a disparu, la Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire de juger la demande au fond parce que sa décision pouvait avoir des conséquences pratiques pour les demandeurs dans un programme ultérieur.

Pratique — Parties — Une demanderesse qui avait sollicité un jugement déclaratoire concluant à la violation de l’art. 15 de la Charte, lequel garantit les droits à l’égalité, est décédée avant que l’affaire soit instruite — Sa succession souhaitait être autorisée à continuer la demande en son nom — Les droits conférés par l’art. 15 de la Charte sont éminemment personnels — La succession n’a pas été autorisée à poursuivre la demande fondée sur l’art. 15 de la Charte.

Il s’agissait d’une demande par laquelle le Conseil national des femmes métisses (CNFM) ainsi qu’une femme métisse contestaient leur exclusion d’un programme de formation et de création d’emplois pour les Autochtones mis en œuvre par le gouvernement du Canada pour lutter contre les niveaux élevés de chômage parmi les populations autochtones. Les demandeurs faisaient valoir que leur exclusion de tous les aspects de ce programme, qu’il s’agisse des consultations, de l’administration, des ententes et du financement, constituait une violation du droit à l’égalité qui leur était garanti par les articles 15 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le CNFM est un organisme à but non lucratif dont le mandat est de promouvoir et d’accroître le mieux-être des femmes métisses et de leurs familles et de répondre aux préoccupations des Métis, en particulier des femmes métisses, au Canada et à l’étranger. Après sa création, le CNFM avait noué d’étroites relations avec le Ralliement national des Métis (RNM), une organisation nationale représentant les populations métisses partout au Canada. En 1989, le gouvernement fédéral avait entrepris d’élaborer un programme de formation et d’accès à l’emploi s’adressant aux Autochtones, dont le nom était «Les Chemins de la réussite». Le programme reposait sur le fait que le gouvernement avait reconnu que les collectivités autochtones devaient intervenir directement, au sein de leurs populations, dans la gestion et la répartition des sommes affectées aux programmes de formation. À la fin de 1994, le gouvernement fédéral avait estimé que le programme des Chemins de la réussite devait être restructuré afin de donner aux populations autochtones un droit de regard accru sur le développement de leurs ressources humaines. Ce programme restructuré, appelé «Stratégie postérieure aux Chemins de la

program called the “Aboriginal Human Resources Development Strategy”, which was extended until March 2005. The main issue was whether the federal government violated sections 15 and 28 of the Charter by excluding the applicants from the Post-Pathways and Aboriginal Human Resources Development programs.

Held, the application should be dismissed.

Two preliminary issues were raised. The first was whether the Estate of Joyce Gus, a Métis woman who had died in March 2004, should be permitted to continue the application on her behalf. A motion was brought in response to the respondent’s objection made pursuant to rule 117 of the *Federal Courts Rules*. Rule 117 does not provide authority for an assignment or devolution of interest in a proceeding; it merely addresses the necessary procedural requirements. The Estate of Ms. Gus was not permitted to continue the Charter section 15 challenge on her behalf since a strong line of case law characterizes a section 15 claim as inherently personal. The second preliminary issue was whether the case was moot because the particular program challenged by the applicants ended in March 1999 and the agreements they sought to have amended to include MNCW as a signatory had expired. The test for mootness, as set out by the Supreme Court of Canada in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, is two-fold. First, it is necessary to consider whether the required tangible and concrete dispute between the parties has disappeared. Second, even if the dispute has disappeared, the Court must decide whether to exercise its discretion to hear the case in any event. With respect to the first branch of the test, there was no longer a concrete dispute between the parties concerning the Post-Pathways program which has long ended. However, the Court applied the rationales identified in *Borowski* and exercised its discretion to decide the application on its merits. An adversarial context prevailed; a ruling by the Court could have a practical impact for the applicants under subsequent programs; and the Court would not be intruding into the role of the legislature, but ensuring that the government operates in accordance with the constitutional rights of Canadians.

réussite», a débuté en 1996. En application de ce programme, le gouvernement fédéral a transféré et alloué plus de 600 millions de dollars au financement de programmes d’accès à l’emploi pour les Autochtones. Après l’expiration en 1999 de la Stratégie postérieure aux Chemins de la réussite, Développement des ressources humaines Canada (DRHC) a lancé un nouveau programme appelé «Stratégie de développement des ressources humaines autochtones», qui a été prolongé jusqu’en mars 2005. Le point essentiel à décider était celui de savoir si le gouvernement fédéral avait contrevenu aux articles 15 et 28 de la Charte en excluant les demandeurs de la Stratégie postérieure aux Chemins de la réussite et de la Stratégie de développement des ressources humaines autochtones.

Jugement: la demande doit être rejetée.

Deux questions préalables ont été soulevées. Il s’agissait d’abord de savoir si la succession de Joyce Gus, une femme métisse qui était décédée en mars 2004, devait ou non être autorisée à poursuivre la demande au nom de la défunte. Une requête a été déposée en réponse à l’opposition formulée par le défendeur en conformité avec la règle 117 des *Règles des Cours fédérales (1998)*. La règle 117 n’autorise pas une cession ou dévolution de droits dans une instance; il expose simplement les formes à observer en ce sens. La succession M^{me} Gus n’a pas été autorisée à poursuivre au nom de la défunte la contestation fondée sur l’article 15 de la Charte, et cela parce qu’une jurisprudence constante fait d’une demande fondée sur l’article 15 une instance essentiellement personnelle. La deuxième question préalable était de savoir si le différend était théorique parce que le programme contesté par les demandeurs avait pris fin en mars 1999 et que les ententes dont ils souhaitaient la modification par inclusion du CNFM comme signataire avaient expiré. Le critère du caractère théorique d’un différend, exposé par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, est double. D’abord, il faut se demander si le différend tangible et concret qui est requis entre les parties a disparu. Deuxièmement, même si le différend a disparu, la Cour doit décider s’il convient qu’elle exerce son pouvoir discrétionnaire et entende néanmoins la cause. S’agissant du premier volet du critère, il n’existait plus de différend concret entre les parties à propos de la Stratégie postérieure aux Chemins de la réussite, laquelle avait pris fin depuis longtemps. Toutefois, la Cour a appliqué les justifications exposées dans l’arrêt *Borowski* et a exercé son pouvoir discrétionnaire de juger la demande au fond. Un contexte contradictoire existait; une décision de la Cour pouvait avoir un effet pratique sur les demandeurs dans des programmes ultérieurs; enfin la Cour n’usurperait pas le rôle du législateur, mais veillerait à ce que le gouvernement respecte les droits garantis aux Canadiens par la Constitution.

The approach to an equality analysis under subsection 15(1) of the Charter was set out by the Supreme Court of Canada in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*. There are three broad inquiries that a court should undertake when reviewing an impugned law or action. The first inquiry is whether the program imposes differential treatment between the claimants and others, either in purpose or effect. As this inquiry is comparative in nature, the Court must begin by identifying what group or persons the applicants should be compared with. The original comparator group put advanced by the applicants was the MNC. The applicants claimed that the MNC is an inherently male-dominated organization that marginalizes the interests of women and actively seeks to exclude the MNCW from participating in all aspects of the Aboriginal employment programs. Because the first inquiry under the *Law* test focuses on differential treatment on the basis of personal characteristics, it was appropriate to consider which individuals or groups of individuals are benefitting from the employment programs. This application concerned discrimination against Métis women as compared with Métis men who are able to access benefits, be it programming or funding, under the employment programs. Therefore, the appropriate comparator group for the purpose of this application was Métis men who are able to access employment programming or funding through the MNC or its affiliates.

The differential treatment claimed by the applicants was not evident. They submitted that they have experienced differential treatment under the employment programs because the federal government has refused to extend bilateral agreements to the MNCW and its affiliates, whereas the MNC and its affiliates have been awarded such agreements. The difficulty with the applicant's argument was that it was premised solely on the exclusion of the MNCW which, as a corporation, does not enjoy equality rights under the Charter nor does it have innate personal characteristics. To establish differential treatment the applicants had to demonstrate that the exclusion of the MNCW from negotiations and bilateral agreements had the effect of treating the individual applicant or Métis women in general differently on the basis of gender. To accomplish this, the applicants first had to demonstrate that MNCW represents the interests of Métis women and second, that the MNC, which purports to represent all Métis people, does not adequately represent the needs and interests of Métis women. The evidence did not support the contention that the MNC is less representative of Métis women with respect to employment programs than the MNCW. Nor was there any evidence that the MNC advocates a male-dominated viewpoint, or gives a

La marche à suivre pour analyser le droit à l'égalité garanti par le paragraphe 15(1) de la Charte a été exposée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*. Il y a trois grandes questions qu'un tribunal doit se poser dans l'examen d'une loi ou mesure contestée. La première étape consiste à se demander si le programme impose une différence de traitement entre les réclamants et les autres, que ce soit dans son objet ou dans son effet. Comme cette question est de nature comparative, la Cour doit d'abord dire avec quel groupe ou quelles personnes les demandeurs devraient être comparés. Le groupe initial de référence choisi par les demandeurs était le RNM. Les demandeurs disaient que le RNM est une organisation à prédominance masculine qui marginalisait les intérêts des femmes et cherchait résolument à empêcher le CNFM de participer aux aspects, quels qu'ils soient, des programmes d'accès à l'emploi destinés aux Autochtones. Puisque la première question comprise dans le critère de l'arrêt *Law* se focalise sur la différence de traitement en raison de caractéristiques personnelles, il convenait de se demander quelles personnes ou quels groupes de personnes bénéficiaient des programmes d'accès à l'emploi. La demande concernait la discrimination exercée contre les femmes métisses par rapport aux hommes métis, qui, eux, sont en mesure de recueillir des avantages, qu'il s'agisse des programmes d'accès à l'emploi ou de leur financement. Le groupe de référence, aux fins de la demande, était donc les hommes métis qui étaient en mesure, par l'entremise du RNM ou de ses affiliés, de bénéficier des programmes d'accès à l'emploi ou du financement qui s'y rapportait.

La différence de traitement alléguée par les demandeurs n'était pas évidente. Ceux-ci disaient avoir subi une différence de traitement dans les programmes d'accès à l'emploi parce que le gouvernement fédéral avait refusé d'élargir les ententes bilatérales au CNFM et à ses affiliés, alors que le RNM et ses affiliés avaient bénéficié de telles ententes. La difficulté que posait l'argument des demandeurs, c'est qu'il s'appuyait uniquement sur l'exclusion du CNFM, lequel, en tant que personne morale, ne jouit pas des droits à l'égalité prévus par la Charte ni ne possède de caractéristiques personnelles propres. Pour établir une différence de traitement, les demandeurs devaient montrer que l'exclusion du CNFM des négociations et des ententes bilatérales avait pour effet de traiter la demanderesse, ou les femmes métisses en général, différemment en raison de leur sexe. Pour y parvenir, les demandeurs devaient d'abord montrer que le CNFM représentait les intérêts des femmes métisses et ensuite que le RNM, qui prétend représenter toutes les populations métisses, ne répondait pas aux besoins et aux intérêts des femmes métisses. La preuve produite ne permettait pas d'affirmer que le RNM était moins représentatif des femmes métisses que le CNFM pour ce qui concernait les programmes d'accès à

preference to male Métis with respect to the negotiation, administration and disbursement of funds under the employment programs. Finally, there was no evidence that Métis women support the MNCW, as compared to the MNC. There were no witnesses from any of the regional associations of Métis women who indicated that these associations support the MNCW, as opposed to the MNC, or that the MNC does not properly or adequately represent the interests of Métis women. The Court could not conclude that the exclusion of the MNCW from negotiations or from regional bilateral agreements had the effect of treating Métis women differently from Métis men who benefit from programming and funding under the Aboriginal employment programs. Nor could the Court conclude that HRDC acted incorrectly or unreasonably in excluding the MNCW. The applicants did not establish differential treatment by HRDC against Métis women or the individual applicant.

l'emploi. Il n'a pas non plus été établi que le RNM défendait des positions surtout masculines ou accordait la préférence aux Métis de sexe masculin dans la négociation, l'administration et le décaissement de sommes au titre des programmes d'accès à l'emploi. Finalement, il n'a pas été établi que les femmes métisses étaient plus favorables au CNFM qu'au RNM. Aucun des témoins venant de l'une des associations régionales de femmes métisses n'a dit que ces associations soutenaient le CNFM plutôt que le RNM ou que le RNM ne représentait pas suffisamment ou adéquatement les intérêts des femmes métisses. Il était impossible pour la Cour de dire que l'exclusion du CNFM des négociations ou des ententes bilatérales régionales avait eu pour effet de conférer aux femmes métisses un traitement différent de celui des hommes métis qui bénéficient des programmes et d'un soutien financier au titre des programmes d'accès à l'emploi destinés aux Autochtones. Il était impossible également pour la Cour de dire que DRHC avait agi d'une manière incorrecte ou déraisonnable en excluant le CNFM. Les demandeurs n'ont pas établi que DRHC a appliqué un traitement différent aux femmes métisses ou à la demanderesse.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 2(b), 15, 28.

Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35(2).

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 117.

Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Borowski v. Canada (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 236 N.R. 1; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627; (1994), 119 D.L.R. (4th) 224; [1995] 1 C.N.L.R. 47; 24 C.R.R. (2d) 233; 173 N.R. 241.

CONSIDERED:

Stinson Estate v. British Columbia (1999), 182 D.L.R. (4th) 407; [2000] 3 W.W.R. 48; 133 B.C.A.C. 15; 70

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2b), 15, 28.

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. 35(2).

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5.

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 117.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Borowski c. Canada (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 236 N.R. 1; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; (1994), 119 D.L.R. (4th) 224; [1995] 1 C.N.L.R. 47; 24 C.R.R. (2d) 233; 173 N.R. 241.

DÉCISIONS CITÉES:

Stinson Estate v. British Columbia (1999), 182 D.L.R. (4th) 407; [2000] 3 W.W.R. 48; 133 B.C.A.C. 15; 70

B.C.L.R. (3d) 233; 70 C.R.R. (2d) 59; 1999 BCCA 761; *Collins v. Abrams* (2004), 195 B.C.A.C. 47; 2004 BCCA 96; *Canada (Attorney General) v. Vincent Estate* (2004), 257 F.T.R. 107; 2004 FC 1016; *Canada (Attorney General) v. Lesiuk*, [2003] 2 F.C. 697; (2003), 100 C.R.R. (2d) 255; 299 N.R. 307; 2003 FCA 3; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; [1999] 3 C.N.L.R. 19; 239 N.R. 1; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950; (2000), 188 D.L.R. (4th) 193; [2000] 4 C.N.L.R. 145; 75 C.R.R. (2d) 189; 255 N.R. 1; 134 O.A.C. 201; 2000 SCC 37; *Ardoch Algonquin First Nation v. Canada (Attorney General)*, [2003] 2 F.C. 350; (2002), 98 C.R.R. (2d) 245; 223 F.T.R. 161; 2002 FCT 1058; affd [2004] 2 F.C.R. 108; [2004] 2 C.N.L.R. 118; 315 N.R. 76; 2003 FCA 473.

REFERRED TO:

Tacan v. Canada (2003), 237 F.T.R. 304; 2003 FC 915; *Hislop v. Canada (Attorney General)* (2004), 246 D.L.R. (4th) 644; 192 O.A.C. 331 (Ont. C.A.); *Arona v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] F.C.J. No. 24 (T.D.) (QL).

APPLICATION for judicial review by the Métis National Council of Women and a Métis woman challenging their exclusion from an Aboriginal job creation and training program implemented by the Government of Canada as a violation of their right to equality under sections 15 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Application dismissed.

APPEARANCES:

Kathleen A. Lahey for applicants.
M. Sean Gaudet for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Kathleen A. Lahey, Kingston, Ontario, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] KELEN J.: This is an application by the Métis National Council of Women (MNCW) and Sheila

B.C.L.R. (3d) 233; 70 C.R.R. (2d) 59; 1999 BCCA 761; *Collins v. Abrams* (2004), 195 B.C.A.C. 47; 2004 BCCA 96; *Canada (Procureur général) c. Vincent, succession* (2004), 257 F.T.R. 107; 2004 CF 1016; *Canada (Procureur général) c. Lesiuk*, [2003] 2 C.F. 697; (2003), 100 C.R.R. (2d) 255; 299 N.R. 307; 2003 CAF 3; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; [1999] 3 C.N.L.R. 19; 239 N.R. 1; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950; (2000), 188 D.L.R. (4th) 193; [2000] 4 C.N.L.R. 145; 75 C.R.R. (2d) 189; 255 N.R. 1; 134 O.A.C. 201; 2000 CSC 37; *Première nation algonquine d'Ardoch c. Canada (Procureur général)*, [2003] 2 C.F. 350; (2002), 98 C.R.R. (2d) 245; 223 F.T.R. 161; 2002 CFPI 1058; conf. par [2004] 2 R.C.F. 108; [2004] 2 C.N.L.R. 118; 315 N.R. 76; 2003 CAF 473.

DÉCISIONS CITÉES:

Tacan c. Canada (2003), 237 F.T.R. 304; 2003 CF 915; *Hislop v. Canada (Attorney General)* (2004), 246 D.L.R. (4th) 644; 192 O.A.C. 331 (C.A. Ont.); *Arona c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] A.C.F. n° 24 (1^{re} inst.) (QL).

DEMANDE de contrôle judiciaire déposée par le Conseil national des femmes métisses et par une femme autochtone, pour qui leur exclusion d'un programme de formation et de création d'emplois pour les Autochtones mis en œuvre par le gouvernement du Canada constituait une violation du droit à l'égalité que leur garantissait les articles 15 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Demande rejetée.

ONT COMPARU:

Kathleen A. Lahey, pour les demandeurs.
M. Sean Gaudet, pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Kathleen A. Lahey, Kingston (Ontario), pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada, pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE KELEN: Par cette demande, le Conseil national des femmes métisses (CNFM) et Sheila

Genaille, a Métis woman, challenging their exclusion from an Aboriginal job creation and training program implemented by the Government of Canada. The program challenged by the applicants, the Post-Pathways Strategy, is the second in a trilogy of labour market development programs introduced to address high levels of unemployment among Aboriginal peoples. The applicants submit that their exclusion from all aspects of this program, including consultations, administration, agreements and funding, is a violation of their right to equality under sections 15 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.-K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]].

RELIEF SOUGHT

[2] The applicants seek the following relief from the Court:

- a declaration that the respondent's failure to include the applicant Métis National Council of Women as a signatory to the national bilateral agreement executed in October 1995 with the Métis National Council and the regional bilateral agreements executed thereunder with groups affiliated with the Métis National Council, all of which provide those groups with funding, management, and control of federal employment training programs for Métis people, violates sections 15 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*;
- a declaration that the respondent's failure to provide equal funding for job creation and employment for Métis women who live in or who live away from Métis communities under the agreements signed with the Métis National Council and the regional Métis associations in 1997-1998 and 1998-1999 violates sections 15 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*;
- an order that these regional bilateral agreements be read so that funding for job creation and employment

Genaille, une femme métisse, contestent leur exclusion d'un programme de formation et de création d'emplois pour les Autochtones mise en œuvre par le gouvernement du Canada. Le programme contesté par les demandeurs, la Stratégie postérieure aux Chemins de la réussite, est le deuxième d'une trilogie de programmes de développement du marché du travail institués pour lutter contre les niveaux élevés de chômage parmi les populations autochtones. Selon les demandeurs, leur exclusion de tous les aspects de ce programme, qu'il s'agisse des consultations, de l'administration, des ententes et du financement, constitue une violation de leur droit à l'égalité qui leur est garanti par les articles 15 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]].

LA RÉPARATION DEMANDÉE

[2] Les demandeurs voudraient que la Cour leur accorde les réparations suivantes:

- un jugement déclaratoire disant que la négligence du défendeur à inclure le demandeur, le Conseil national des femmes métisses, comme signataire de l'entente bilatérale nationale conclue en octobre 1995 avec le Ralliement national des Métis, et comme signataire des ententes bilatérales régionales conclues, sous l'autorité de l'entente bilatérale nationale, avec les groupes affiliés au Ralliement national des Métis, ententes qui toutes confèrent à ces groupes le financement, la gestion et la maîtrise des programmes fédéraux de formation professionnelle pour les populations métisses, contrevient aux articles 15 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*;
- un jugement déclaratoire disant que la négligence du défendeur à accorder le même financement pour la création d'emplois et la formation en faveur des femmes métisses qui vivent à l'intérieur ou à l'extérieur des communautés métisses, en application des ententes conclues avec le Ralliement national des Métis et les associations régionales de Métis en 1997-1998 et 1998-1999, contrevient aux articles 15 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*;
- une ordonnance précisant que ces ententes bilatérales régionales doivent être interprétées de telle sorte que le

thereunder would be provided equally to men and women living in Métis communities and men and women living outside of Métis communities, and that job training programs and jobs will be created equally for women and men in and outside Métis communities; and

- an order that these agreements be read so that the Métis National Council of Women is added as a signatory to the national framework agreement signed between Canada and the Métis National Council and to regional funding agreements signed between Canada and regional Métis associations, and that the Métis National Council of Women is to appoint a regional Métis woman representative on each administrative board that deals with these funding agreements.

BACKGROUND

[3] This current dispute has been before the Court for over seven years. Initially, the applicants commenced an action, which after a number of interlocutory proceedings, including an order to strike the action, was converted into an application for judicial review.

The Applicants

[4] The applicant Sheila Genaille is a seventh generation Métis woman and long-standing president of the MNCW.

[5] The applicant MNCW is a non-profit organization incorporated by Ms. Genaille and others in 1992. According to its by-laws, the MNCW is a federation of provincial and territorial Métis women's organizations that represent Métis women in their respective province or territory. The mandate of the MNCW is to promote and enhance the well-being of Métis woman and their families, and to address issues and concerns of the Métis, particularly women, in Canada and internationally.

financement dont elles font état et qui est destiné à la création d'emplois et à la formation soit offert également aux hommes et aux femmes habitant les communautés métisses ainsi qu'aux hommes et aux femmes vivant en dehors de telles communautés, et précisant que les programmes de formation professionnelle et les emplois s'adresseront autant aux femmes qu'aux hommes vivant à l'intérieur ou à l'extérieur des communautés métisses; et

- une ordonnance précisant que ces ententes doivent être interprétées de telle sorte que le Conseil national des femmes métisses soit ajouté comme signataire de l'entente cadre nationale conclue entre le Canada et le Ralliement national des Métis, et comme signataire des ententes régionales de financement conclues entre le Canada et les associations régionales de Métis, et précisant que le Conseil national des femmes métisses nommera une représentante métisse régionale à chaque conseil d'administration appelé à s'occuper de ces ententes de financement.

LES FAITS

[3] La Cour est saisie de ce différend depuis plus de sept ans. À l'origine, les demandeurs avaient introduit une action qui, après plusieurs actes de procédure interlocutoires, y compris une ordonnance de radiation de l'action, a été convertie en une demande de contrôle judiciaire.

Les demandeurs

[4] La demanderesse, Sheila Genaille, est une femme métisse de la septième génération. Elle est présidente de longue date du CNFM.

[5] Le demandeur, le CNFM, est un organisme à but non lucratif constitué par M^{me} Genaille et d'autres en 1992. Selon ses statuts, le CNFM est une fédération d'organisations provinciales et territoriales de femmes métisses qui représentent les femmes métisses dans leurs provinces ou territoires respectifs. Le mandat du CNFM est de promouvoir et d'accroître le mieux-être des femmes métisses et de leurs familles et de répondre aux préoccupations des Métis, en particulier des femmes métisses, au Canada et à l'étranger.

[6] Following its incorporation, the MNCW had a close working relationship with the Métis National Council (MNC), a national organization representing Métis people across Canada. The MNC, along with the Assembly of First Nations (AFN) and the Inuit Tapirisat of Canada (ITC), were the three national organizations with whom the federal government executed relationship agreements under Post-Pathways and its successor Aboriginal job creation program. According to the government, the MNC was chosen because it has historically represented the Métis people, it was set up by the Métis to be their representative organization at a national level and it has established political structures.

[7] In 1993, a falling out occurred between the MNC and the MNCW, or at least with Ms. Genaille as president. Ms. Genaille deposed that the wife of the president of the MNC attempted to remove her as president of the MNCW and held herself out as the president of the MNCW. Ms. Genaille further deposed that in June 1994 during an MNC meeting, she was expelled in her capacity as president of the MNCW. By the end of the year, the president of the MNC ejected Ms. Genaille from her office space at the MNC offices.

[8] Beginning in 1995, the MNCW unsuccessfully sought to deal autonomously with the federal government in all program areas, particularly in relation to Aboriginal employment programming. According to the applicants, the MNC has strenuously opposed any attempt by the MNCW to deal separately with the government. The applicants state that the MNC also refuses to share administration or allocation of funding received under the employment programming with the MNCW or its affiliates. This, they submit, has led to their exclusion from all aspects of the programming.

The Former Applicants

[9] When this application was originally commenced there were two applicants in addition to Ms. Genaille and the MNCW. The first was Joyce Gus, a Métis woman who held executive positions with a number of regional

[6] Après sa création, le CNFM a noué d'étroites relations avec le Ralliement national des Métis (RNM), une organisation nationale représentant les populations métisses partout au Canada. Le RNM, ainsi que l'Assemblée des premières nations (APN) et l'Inuit Tapirisat of Canada (ITC), sont les trois organisations nationales avec qui le gouvernement fédéral a conclu des ententes de coopération dans le cadre de la Stratégie postérieure aux Chemins de la réussite et du programme qui lui a succédé en matière de création d'emplois pour les Autochtones. D'après le gouvernement, le RNM a été choisi parce qu'il a toujours représenté les populations métisses, qu'il a été mis sur pied par les Métis pour qu'il soit leur organisation représentative sur le plan national et qu'il s'est doté de structures politiques.

[7] En 1993, une querelle a éclaté entre le RNM et le CNFM, ou du moins M^{me} Genaille, en sa qualité de présidente du CNFM. M^{me} Genaille a déclaré dans son témoignage que l'épouse du président du RNM avait tenté de la destituer de ses fonctions de présidente du CNFM et s'était elle-même fait passer pour la présidente du CNFM. M^{me} Genaille a aussi déclaré que, en juin 1994, au cours d'une assemblée du RNM, elle avait été exclue en sa qualité de présidente du CNFM. À la fin de l'année, le président du RNM expulsait M^{me} Genaille de son local, situé dans les bureaux du RNM.

[8] À partir de 1995, le CNFM a tenté sans succès de traiter indépendamment avec le gouvernement fédéral dans tous les programmes, en particulier dans les programmes d'accès à l'emploi pour les Autochtones. Selon les demandeurs, le RNM s'est énergiquement opposé à toute tentative du CNFM de traiter séparément avec le gouvernement. Les demandeurs disent que le RNM refuse également de partager avec le CNFM ou ses affiliés le travail d'administration ou de répartition des sommes reçues en vertu des programmes d'accès à l'emploi. Cela a conduit, affirment-ils, à leur exclusion de tous les aspects des programmes.

Les anciens demandeurs

[9] Lorsque la présente demande a été déposée à l'origine, il y avait deux demanderesses, en plus de M^{me} Genaille et du CNFM. La première était Joyce Gus, une femme métisse qui occupait des postes de direction

Métis women's organizations including the Red River Michif Women's Council, an affiliate of the MNCW. Ms. Gus died on March 11, 2004 and for the reasons discussed below the Court will not permit her Estate to continue with the application.

[10] The other original applicant was Doreen Fleury, a Métis woman who filed an affidavit in support of this application. The affidavit was withdrawn on consent and Ms. Fleury is no longer a party to this proceeding.

The Funding Programs

The First Program: Pathways to Success (1991-1995)

[11] Beginning in 1989, the federal government began developing an Aboriginal-specific employment and training program known as "Pathways to Success". The program was based on the government's recognition that Aboriginal communities must be directly involved in managing and allocating funds for training programs within their particular communities. One of the program's principal features was the establishment of a national management board made up of Aboriginal groups and officials from Human Resources Development Canada (HRDC) as well as local and regional management boards made up of representatives of Aboriginal groups. The local and regional boards set training priorities and decided what initiatives would best achieve employment in their communities, although HRDC made the actual funding contributions.

[12] At least one women's organization, the Native Women's Association of Canada (NWAC), held a seat on the national management board. The MNCW, which was formed after the commencement of the program, gained representation on various local boards, but not the national management board.

The Second Program: Post-Pathways Program (1996-1999)

[13] In late 1994, the federal government conducted a structural review of the Pathways program. It was

auprès de plusieurs organisations régionales de femmes métisses, dont le Red River Michif Women's Council, un groupe affilié au CNFM. M^{me} Gus est décédée le 11 mars 2004 et, pour les motifs exposés ci-après, la Cour n'autorisera pas sa succession à poursuivre la demande.

[10] L'autre demanderesse originale était Doreen Fleury, une femme métisse qui a déposé un affidavit au soutien de la présente demande. L'affidavit a été retiré par consentement, et M^{me} Fleury n'est plus partie à l'instance.

Les programmes de financement

Le premier programme: Les Chemins de la réussite (1991-1995)

[11] À partir de 1989, le gouvernement fédéral a entrepris d'élaborer un programme de formation et d'accès à l'emploi s'adressant aux Autochtones, dont le nom était «Les Chemins de la réussite». Le programme reposait sur le fait que le gouvernement reconnaissait que les collectivités autochtones devaient intervenir directement, au sein de leurs populations, dans la gestion et la répartition des sommes affectées aux programmes de formation. L'une des principales caractéristiques du programme était l'établissement d'un conseil national de gestion composé de groupes autochtones et de représentants de Développement des ressources humaines Canada (DRHC), et l'établissement de conseils locaux et régionaux de gestion composés de représentants des groupes autochtones. Les conseils locaux et régionaux fixaient les priorités de formation et définissaient les mesures qui seraient les mieux à même de stimuler l'emploi dans leurs collectivités, même si c'est DRHC qui versait en fait les sommes requises.

[12] Au moins une organisation de femmes, l'Association des femmes autochtones du Canada (AFAC), occupait un siège au conseil national de gestion. Le CNFM, qui avait été constitué après le lancement du programme, a obtenu un siège aux divers conseils locaux, mais pas au conseil national de gestion.

Le second programme: La Stratégie postérieure aux Chemins de la réussite (1996-1999)

[13] À la fin de 1994, le gouvernement fédéral a procédé à un examen structurel du programme des

determined that the program should be restructured to provide Aboriginal peoples with more responsibility over their human resource development. This restructured program, called the "Post-Pathways Strategy", commenced in 1996 when the federal government entered into political accords (national framework agreements or NFAs) with the AFN, the ITC and the MNC. The agreements set out the framework for subsequent negotiation of funding agreements between HRDC and regional Aboriginal groups, most of whom were affiliates of the AFN, the ITC and the MNC. These funding agreements were referred to as regional bilateral agreements (RBAs) and enabled regional groups to design, deliver and implement human resource development projects within their communities. Under the Post-Pathways program, the federal government transferred and allocated over \$600 million in Aboriginal job funding.

[14] During the course of the program, concerns were raised about whether the RBA-holders could properly address the needs of Aboriginal peoples living in urban environments. As a result, HRDC implemented a special initiative in which approximately \$22 million was allocated to three different Aboriginal organizations: the National Association of Friendship Centres, the NWAC and the Congress of Aboriginal People.

The Third Program: Aboriginal Human Resources Development Strategy (1999-2004/05)

[15] Following the expiration of the Post-Pathways program in 1999, HRDC launched a new program called the "Aboriginal Human Resources Development Strategy" (AHRDS). The AHRDS is similar in purpose and structure to Post-Pathways, but seeks to improve, build and expand on it. The program commenced in April 1999 and was originally scheduled to end in March 2004, but has been extended until March 31, 2005. As was the case under Post-Pathways, HRDC entered into national accords with the AFN, ITC and MNC and entered into further agreements with provincial and regional organizations affiliated with the national

Chemins de la réussite. Il a conclu que le programme devait être restructuré afin de donner aux populations autochtones un droit de regard accru sur le développement de leurs ressources humaines. Ce programme restructuré, appelé «Stratégie postérieure aux Chemins de la réussite», a débuté en 1996, année où le gouvernement fédéral a conclu des accords politiques (ententes cadres nationales, ou ECN) avec l'APN, l'ITC et le RNM. Les ententes établissaient le cadre de la négociation future d'ententes de financement entre DRHC et les groupes autochtones régionaux, dont la plupart étaient des affiliés de l'APN, de l'ITC et du RNM. Ces ententes de financement, appelées ententes bilatérales régionales (EBR), habilitaient les groupes régionaux à concevoir, à appliquer et à exécuter des projets de développement des ressources humaines au sein de leurs collectivités. En vertu de la Stratégie postérieure aux Chemins de la réussite, le gouvernement fédéral a transféré et alloué plus de 600 millions de dollars au financement de programmes d'accès à l'emploi pour les Autochtones.

[14] Durant le programme, plusieurs ont mis en doute la capacité des signataires d'EBR de combler adéquatement les besoins des populations autochtones vivant en milieu urbain. DRHC a donc institué une mesure spéciale par laquelle une somme d'environ 22 millions de dollars fut attribuée à trois organisations autochtones distinctes: l'Association nationale des centres d'amitié, l'AFAC et le Congrès des peuples autochtones.

Le troisième programme: La Stratégie de développement des ressources humaines autochtones (1999-2004/05)

[15] Après l'expiration en 1999 de la Stratégie postérieure aux Chemins de la réussite, DRHC a lancé un nouveau programme appelé «Stratégie de développement des ressources humaines autochtones» (SDRHA). La SDRHA est semblable, dans son objet et sa structure, à la Stratégie postérieure aux Chemins de la réussite, mais elle l'améliore et en élargit la portée. Le programme, qui a débuté en avril 1999, devait à l'origine prendre fin en mars 2004, mais il a été prolongé jusqu'au 31 mars 2005. Comme cela avait été le cas pour la Stratégie postérieure aux Chemins de la réussite, DRHC a conclu des accords nationaux avec l'APN, l'ITC et le RNM et a conclu

organizations (these funding agreements are called Aboriginal Human Resource Development Agreements or AHRDAs).

TWO PRELIMINARY ISSUES

[16] The Court must consider two preliminary issues before embarking on the Charter analysis. First, whether the Estate of Joyce Gus should be permitted to continue the application on her behalf and second, whether the application, as put forward by the applicants, is moot.

Issue No. 1

Motion by Estate of Joyce Gus

[17] At the commencement of the hearing, the Estate of Joyce Gus brought forward a motion requesting that it be allowed to continue the application on behalf of the deceased. The motion was in response to the respondent's objection made pursuant to rule 117 of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] which state:

117. (1) Subject to subsection (2), where an interest of a party in, or the liability of a party under, a proceeding is assigned or transmitted to, or devolves upon, another person, the other person may, after serving and filing a notice and affidavit setting out the basis for the assignment, transmission or devolution, carry on the proceeding.

(2) If a party to a proceeding objects to its continuance by a person referred to in subsection (1), the person seeking to continue the proceeding shall bring a motion for an order to be substituted for the original party.

[18] As discussed by Justice Snider in *Tacan v. Canada* (2003), 237 F.T.R. 304 (F.C.), rule 117 does not provide authority for an assignment or devolution of interest in a proceeding; it merely addresses the necessary procedural requirements. Accordingly, in order to determine if the assignment or devolution of interest is permissible, the Court must look to the common law or relevant statutory provisions.

d'autres ententes avec des organisations provinciales et régionales affiliées aux organisations nationales (ces ententes de financement sont appelées ententes de développement des ressources humaines autochtones, ou EDRHA).

DEUX QUESTIONS PRÉALABLES

[16] La Cour doit examiner préalablement deux questions avant d'entreprendre l'analyse liée à la Charte. D'abord, la succession de Joyce Gus devrait-elle être autorisée à poursuivre la demande au nom de la défunte? Ensuite, la demande, telle qu'elle est déposée par les demandeurs, est-elle théorique?

Question n° 1

La requête de la succession de Joyce Gus

[17] Au début de l'audience, la succession de Joyce Gus a présenté une requête en vue d'être autorisée à continuer la demande au nom de la défunte. La requête faisait suite à l'opposition formulée par le défendeur en application de la règle 117 des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], ainsi formulée:

117. (1) Sous réserve du paragraphe (2), en cas de cession, de transmission ou de dévolution de droits ou d'obligations d'une partie à une instance à une autre personne, cette dernière peut poursuivre l'instance après avoir signifié et déposé un avis et un affidavit énonçant les motifs de la cession, de la transmission ou de la dévolution.

(2) Si une partie à l'instance s'oppose à ce que la personne visée au paragraphe (1) poursuive l'instance, cette dernière est tenue de présenter une requête demandant à la Cour d'ordonner qu'elle soit substituée à la partie qui a cédé, transmis ou dévolu ses droits ou obligations.

[18] Ainsi que le disait la juge Snider dans la décision *Tacan c. Canada* (2003), 237 F.T.R. 304 (C.F.), la règle 117 n'autorise pas une cession ou dévolution de droits dans une instance; il expose simplement les formes à observer en ce sens. Par conséquent, pour savoir si la cession ou la dévolution de droits est possible, la Cour doit considérer la common law ou les dispositions applicables du droit écrit.

[19] In the present case, the respondent submits that the Estate cannot continue an action for violation of the equality provision under the Charter because it is an inherently personal right. The respondent relies on the decision of the British Columbia Court of Appeal in *Stinson Estate v. British Columbia* (1999), 182 D.L.R. (4th) 407, at paragraph 11 in which it held that:

Section 15 protects the equality rights of “every individual”. The rights guaranteed are personal, and the power to enforce the guarantee resides in the person whose rights have been infringed. Here it is the estate of the deceased which seeks a remedy for the alleged breach of Mrs. Stinson’s right. Such a claim is not open to the estate, as a third party, under the language of the Charter.

[20] This passage was recently adopted by the Ontario Court of Appeal in *Hislop v. Canada (Attorney General)* (2004), 246 D.L.R. (4th) 644.

[21] The respondent also relies on the decision of the British Columbia Court of Appeal in *Collins v. Abrams* (2004), 195 B.C.A.C. 47, at paragraph 17 in which the Court stated that an executrix could not:

... acquire a right to commence or to continue a constitutional challenge based on the violation of Charter rights belonging to someone other than herself. At best, in order to participate in a civil challenge in relation to an infringement of the constitutional rights of a third person, it is necessary to meet the test for public interest standing. [Emphasis added.]

[22] The Estate of Ms. Gus submits that the majority of the cases cited by the respondent are distinguishable because they concern situations where an estate attempted to commence a Charter challenge after the death of the individual. By contrast, the Estate of Ms. Gus is merely seeking to continue an application commenced by the applicant while she was alive. In that regard, it refers to *Canada (Attorney General) v. Vincent Estate* (2004), 257 F.T.R. 107 (F.C.) in which Justice McKay held, in the context of a judicial review, that a tribunal did not err in granting standing to an estate to pursue a section 15 Charter claim initiated by the applicant during her lifetime.

[19] En l’espèce, le défendeur dit que la succession ne peut pas poursuivre une instance qui concerne la violation du droit à l’égalité garanti par la Charte, parce qu’il s’agit là d’un droit éminemment personnel. Le défendeur invoque l’arrêt rendu par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans l’affaire *Stinson Estate v. British Columbia* (1999), 182 D.L.R. (4th) 407, au paragraphe 11, où l’on peut lire ce qui suit:

[TRADUCTION] L’article 15 protège les droits de «toute personne» à l’égalité. Les droits garantis sont personnels, et le pouvoir de donner effet à la garantie appartient à la personne dont les droits ont été violés. Ici, c’est la succession de la défunte qui demande réparation pour la présumée violation du droit de M^{me} Stinson. Une telle réclamation ne peut pas être faite par la succession, en tant que partie tierce, si l’on s’en tient au texte de la Charte.

[20] Ce passage a été récemment entériné par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Hislop v. Canada (Procureur général)* (2004), 246 D.L.R. (4th) 644.

[21] Le défendeur invoque aussi l’arrêt rendu par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans l’affaire *Collins v. Abrams* (2004), 195 B.C.A.C. 47, au paragraphe 17, où la Cour écrivait qu’une exécuteur testamentaire ne pouvait pas:

[TRADUCTION] [. . .] acquérir le droit d’introduire ou de continuer une contestation constitutionnelle fondée sur la violation de droits prévus par la Charte et appartenant à une autre personne qu’elle-même. Au mieux, pour participer à une contestation civile se rapportant à la violation des droits fondamentaux d’une partie tierce, il est nécessaire de remplir le critère de l’intérêt public requis pour agir. [Non souligné dans l’original.]

[22] La succession de M^{me} Gus dit que la majorité des précédents invoqués par le défendeur sont distincts parce qu’ils concernent des cas où une succession voulait introduire une contestation fondée sur la Charte, après le décès d’une personne. En revanche, la succession de M^{me} Gus veut simplement continuer une demande déposée par M^{me} Gus lorsqu’elle était en vie. Sur ce point, elle se réfère à la décision *Canada (Procureur général) c. Vincent, succession* (2004), 257 F.T.R. 107 (C.F.), où le juge McKay a estimé, dans le contexte d’un contrôle judiciaire, qu’un tribunal administratif n’avait pas commis d’erreur en reconnaissant à une succession l’intérêt requis pour continuer une revendication fondée

[23] The decision in *Vincent Estate* is the only case that the applicants could locate to counter the strong line of jurisprudence that characterizes a section 15 claim as inherently personal. Moreover, in *Vincent Estate*, Justice MacKay did not engage in his own analysis of whether an estate could continue with an equality challenge, rather he chose not to interfere with the tribunal's decision allowing the participation of the estate. Given these circumstances, I am of the view that the Estate of Ms. Gus is not permitted to continue the section 15 Charter challenge on her behalf.

[24] Although the Estate will not be permitted to continue as an applicant, the evidence of Ms. Gus, which has been subject to cross-examination, can be used in the proceeding, thus ensuring that the remaining applicants will not be prejudiced.

Issue No. 2

Mootness

[25] The Crown submits that the case is moot because the particular program challenged by the applicants (the Post-Pathways Strategy) ended in March 1999 and the agreements that they seek to have amended to include MNCW as a signatory have expired. Although Post-Pathways was replaced with the AHRDS in 1999, the applicants have not brought this challenge in respect of the latter program.

[26] The test for mootness, as set out by the Supreme Court of Canada in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, is two-fold. First, it is necessary to consider whether the required tangible and concrete dispute between the parties has disappeared. Second, even if the dispute has disappeared, the Court must decide whether to exercise its discretion to hear the case in any event.

sur l'article 15 de la Charte et présentée par la demanderesse avant son décès.

[23] La décision *Vincent, succession* est l'unique précédent que les demandeurs ont pu trouver à l'encontre de la jurisprudence constante qui fait d'une demande fondée sur l'article 15 une instance essentiellement personnelle. De plus, dans cette décision, le juge MacKay ne s'est pas demandé à proprement parler si une succession pouvait continuer une contestation fondée sur le droit à l'égalité, choisissant plutôt de ne pas modifier la décision du tribunal administratif qui avait autorisé la participation de la succession. Dans ces conditions, je suis d'avis que la succession de M^{me} Gus n'est pas habilitée à continuer au nom de celle-ci la contestation fondée sur l'article 15 de la Charte.

[24] La succession ne sera pas autorisée à poursuivre la demande en tant que demanderesse, mais le témoignage de M^{me} Gus, qui a été l'objet d'un contre-interrogatoire, pourra servir dans l'instance, garantissant ainsi que les demandeurs restants ne seront pas lésés.

Question n° 2

Le caractère théorique

[25] Selon la Couronne, l'affaire est théorique parce que le programme particulier qui est contesté par les demandeurs (à savoir la Stratégie postérieure aux Chemins de la réussite) a pris fin en mars 1999 et que les ententes dont les demandeurs souhaitent la modification par inclusion du CNFM comme signataire ont expiré. La Stratégie postérieure aux Chemins de la réussite a été remplacée en 1999 par la SDRHA, mais les demandeurs n'ont pas déposé la présente contestation à l'encontre de la SDRHA.

[26] Le principe du caractère théorique d'un différend, exposé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, répond à un double critère. D'abord, il faut se demander si le différend tangible et concret qui est requis entre les parties a disparu. Deuxièmement, même si le différend a disparu, la Cour doit décider s'il convient qu'elle exerce son pouvoir discrétionnaire et entende la cause quand même.

[27] With respect to the first branch of the test, I am satisfied that there is no longer a concrete dispute between the parties concerning the Post-Pathways program. The program has long ended and there would be no purpose in adding the MNCW as a signatory to an agreement that has expired.

[28] Although there is no longer a concrete dispute regarding the Post-Pathways program, the Court can still exercise its discretion to hear the case in the appropriate circumstances. Justice Sopinka, in *Borowski*, identified three rationales that a reviewing court should consider in exercising such a discretion. Specifically, the court should examine whether an adversarial context prevails, whether the decision under review will have some practical effect on the rights of the parties and will not be a waste of judicial resources, and finally, whether a judgment by the court will be seen as an intrusion into the legislative branch of government.

[29] In the present case, there is no question that an adversarial context prevails. The parties have maintained an adversarial stance and have argued their positions with determination, particularly the applicants.

[30] With regard to practical effect, the applicants submit that while technically the Post-Pathways program had a beginning and end date, it should not be seen as a discrete initiative. Rather, the program was simply one step in an ongoing process by the government to devolve control over employment programming to Aboriginal peoples. The applicants indicate that although different terminology is employed in Post-Pathways and AHRDS, the substance of the programs remains the same, including those parties eligible for funding and devolution agreements. Therefore, a decision by the Court that the respondent has breached the equality rights of the applicants in the administration of the Post-Pathways program will have a practical effect on how the applicants are treated in future evolutions of the government's Aboriginal employment initiative.

[27] S'agissant du premier volet du critère, je suis d'avis qu'il n'existe plus de différend concret entre les parties à propos de la Stratégie postérieure aux Chemins de la réussite. La Stratégie a pris fin depuis longtemps et il ne servirait à rien d'ajouter le CNFM comme signataire à une entente qui a expiré.

[28] Il n'existe plus de différend concret à propos de la Stratégie postérieure aux Chemins de la réussite, mais la Cour peut néanmoins exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre la cause si les circonstances le justifient. Dans l'arrêt *Borowski*, le juge Sopinka exposait trois justifications pouvant conduire une cour de révision à exercer ainsi son pouvoir discrétionnaire. Plus précisément, la Cour doit se demander s'il existe un contexte contradictoire, si la décision qu'on cherche à faire réformer aura un effet pratique sur les droits des parties sans entraîner un mauvais emploi des ressources judiciaires, et finalement si la décision que rendra la Cour risque d'être vue comme une usurpation du pouvoir législatif.

[29] En l'espèce, il ne fait aucun doute qu'il existe un contexte contradictoire. Les parties ont constamment échangé des arguments et ont défendu leurs positions avec ténacité, en particulier les demandeurs.

[30] S'agissant de l'effet pratique de la décision contestée, les demandeurs disent que, même si techniquement la Stratégie postérieure aux Chemins de la réussite commençait et se terminait à une date précise, elle ne doit pas être considérée comme une mesure isolée. Elle était plutôt simplement une étape d'un processus continu entrepris par le gouvernement pour déléguer aux peuples autochtones un droit de regard sur les programmes d'accès à l'emploi. Les demandeurs disent que, même si les mots employés dans la Stratégie postérieure aux Chemins de la réussite et dans la SDRHA ne sont pas les mêmes, les programmes restent essentiellement les mêmes, y compris les parties admissibles à des accords de financement ou de délégation. Par conséquent, si la Cour décide que le défendeur a contrevenu aux droits des demandeurs à l'égalité dans l'administration de la Stratégie postérieure aux Chemins de la réussite, cette décision aura un effet pratique sur la manière dont les demandeurs seront traités à l'avenir dans d'autres mesures qu'appliquera le gouvernement en matière d'emploi des Autochtones.

[31] I am in agreement with the applicants' characterization of the program. It is clear that the current AHRDS program is in substance a continuation of the Post-Pathways program and that a ruling by the Court could have a practical impact for the applicants under AHRDS and subsequent programs. By all accounts, it appears that the devolution process commenced by the government will continue for some time.

[32] The third rationale identified in *Borowski* is the need for the Court to be aware of its proper law-making function relative to the legislature. In the present case, a ruling by the Court would not be seen as an intrusion into the role of the legislature. By contrast, the Court would be performing the function that is at the very core of its jurisdiction: ensuring that the government operates in accordance with the constitutional rights of Canadians.

[33] For these reasons, the Court will exercise its discretion to decide the application on its merits.

CHARTER ANALYSIS

[34] The central issue in this application is whether the federal government violated sections 15 and 28 of the Charter by excluding the applicants from the Post-Pathways and Aboriginal Human Resources Development programs (collectively the "employment programs").

Relevant Constitutional Provisions

[35] Sections 15 and 28 of the Charter read as follows:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of

[31] Je suis en accord avec la manière dont les demandeurs qualifient la Stratégie postérieure aux Chemins de la réussite. Il est clair que l'actuel programme SDRHA est pour l'essentiel la continuation de la Stratégie et qu'une décision de la Cour pourrait avoir un effet pratique sur les demandeurs dans la SDRHA et dans les programmes ultérieurs. Aux dires de tous, il semble que le processus de délégation entrepris par le gouvernement se poursuivra durant quelque temps.

[32] La troisième justification exposée dans l'arrêt *Borowski*, est la nécessité pour la Cour d'être attentive à sa fonction normative propre par rapport à celle du législateur. En l'espèce, la décision que rendrait la Cour ne serait pas considérée comme une usurpation du rôle du législateur. Au contraire, la Cour exercerait la fonction qui est au cœur même de sa compétence, c'est-à-dire celle consistant à veiller à ce que le gouvernement respecte les droits garantis aux Canadiens par la Constitution.

[33] Pour ces motifs, la Cour exercera son pouvoir discrétionnaire et jugera la demande au fond.

ANALYSE LIÉE À LA CHARTE

[34] Le point essentiel soulevé par la présente demande est de savoir si le gouvernement fédéral a contrevenu aux articles 15 et 28 de la Charte en excluant les demandeurs de la Stratégie postérieure aux Chemins de la réussite et de la Stratégie de Développement des ressources humaines autochtones (l'une et l'autre seront collectivement appelées «programmes d'accès à l'emploi»).

Les dispositions constitutionnelles applicables

[35] Les articles 15 et 28 de la Charte sont ainsi formulés:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. Programmes de promotion sociale.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation

disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

...

[. . .]

28. Notwithstanding anything in this Charter, the rights and freedoms referred to in it are guaranteed equally to male and female persons.

28. Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes.

[36] Subsection 35(2) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendice II, No. 44]] states:

[36] Le paragraphe 35(2) 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]] est ainsi formulé:

35. (1) . . .

35. (1) [. . .]

(2) In this Act, "aboriginal peoples of Canada" includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.

(2) Dans la présente loi, «peuples autochtones du Canada» s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.

Principles governing a section 15 analysis

Les principes régissant une analyse fondée sur l'article 15

[37] The approach to be followed in conducting an equality analysis under subsection 15(1) of the Charter was set out by the Supreme Court of Canada in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497. Justice Iacobucci, writing for the Court, emphasized that the approach must be purposive and contextual in order to reflect the strong remedial nature of the equality guarantee and to avoid the pitfalls of a formalistic or mechanical approach. To this end, he outlined three broad inquiries that a court should undertake when reviewing an impugned law or action, at paragraph 39:

[37] La marche à suivre pour analyser le droit à l'égalité garanti par le paragraphe 15(1) de la Charte a été exposée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497. Le juge Iacobucci, s'exprimant pour la Cour, y précisait que l'analyse doit être faite en fonction de l'objet visé et du contexte, afin de donner toute sa force à la nature réparatrice de la garantie à l'égalité, et d'éviter les pièges d'une démarche formaliste ou automatique. À cette fin, il a énuméré les trois grandes questions qu'un tribunal devrait se poser dans l'examen d'une loi ou mesure contestée, au paragraphe 39:

First, does the impugned law [program] (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics? If so, there is differential treatment for the purpose of s. 15(1). Second, was the claimant subject to differential treatment on the basis of one or more of the enumerated and analogous grounds? And third, does the differential treatment discriminate in a substantive sense, bringing into play the purpose of s. 15(1) of the *Charter* in

Premièrement, la loi contestée a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles? Si tel est le cas, il y a une différence de traitement aux fins du par. 15(1). Deuxièmement, le demandeur a-t-il subi un traitement différent en raison d'un ou de plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues? Et, troisièmement, la différence de traitement était-elle

remedying such ills as prejudice, stereotyping, and historical disadvantage?

[38] With respect to the last inquiry, Justice Iacobucci set out four contextual factors that a court should consider when determining whether differential treatment amounts to substantive discrimination. They are: pre-existing disadvantage of the claimant, the relationship between the grounds and the claimant's characteristics or circumstances, the ameliorative purposes or effects of the program and the nature of the interest affected.

[39] All three broad inquiries are to be conducted in light of the purpose of subsection 15(1), which is described in *Law*, at paragraph 88:

(4) In general terms, the purpose of s.15(1) is to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration.

The First Inquiry—Differential Treatment

[40] The first stage of the *Law* test is to determine whether the program imposes differential treatment between the claimants and others, either in purpose or effect. In other words, does the program draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics or fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively different treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics.

[41] As this inquiry is comparative in nature, the Court must begin by identifying what group or persons the applicants should be compared with. As discussed by Justice Iacobucci in *Law*, the applicant will usually choose the comparator, however, a court may refine the comparison if the applicant's characterization is insufficient.

réellement discriminatoire, faisant ainsi intervenir l'objet du par. 15(1) de la *Charte* pour remédier à des fléaux comme les préjugés, les stéréotypes et le désavantage historique?

[38] S'agissant de la dernière question, le juge Iacobucci a exposé les quatre facteurs contextuels qu'un tribunal devrait considérer lorsqu'il se demande si la différence de traitement est assimilable à une discrimination fondamentale. Ce sont: la préexistence d'un désavantage chez le réclamant, la correspondance entre les motifs de la présumée discrimination et les caractéristiques ou conditions du réclamant, l'effet ou l'objet d'amélioration que revêt le programme, enfin la nature du droit touché.

[39] Les trois grandes questions doivent être étudiées à la lumière de l'objet du paragraphe 15(1), qui est décrit au paragraphe 88 de l'arrêt *Law*:

(4) En termes généraux, l'objet du par. 15(1) est d'empêcher qu'il y ait atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles au moyen de l'imposition de désavantages, de stéréotypes ou de préjugés politiques ou sociaux, et de promouvoir une société dans laquelle tous sont également reconnus dans la loi en tant qu'êtres humains ou que membres de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect et la même considération.

La première question—la différence de traitement

[40] La première étape du critère de l'arrêt *Law* consiste à se demander si le programme impose une différence de traitement entre les réclamants et les autres, que ce soit dans son objet ou dans son effet. Autrement dit, le programme établit-il une distinction formelle entre le réclamant et les autres en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou néglige-t-il de prendre en compte la situation déjà défavorisée du réclamant dans la société canadienne, situation qui entraîne une différence réelle de traitement entre le réclamant et les autres, en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles?

[41] Comme cette question est de nature comparative, la Cour doit d'abord dire avec quel groupe ou quelles personnes les demandeurs devraient être comparés. Ainsi que l'expliquait le juge Iacobucci dans l'arrêt *Law*, c'est le demandeur qui choisira habituellement le groupe de référence, mais le tribunal peut affiner la comparaison si le choix fait par le demandeur manque de précision.

The Comparator Group

[42] In the present case, it is clear from the application that the original comparator group put forward by the applicants is the MNC. The applicants claim that the MNC is an inherently male-dominated organization that marginalizes the interests of women and actively seeks to exclude the MNCW from participating in all aspects of the Aboriginal employment programs. Moreover, because the MNC is the only Métis organization to have a national framework agreement with the government, the applicants and, more generally, Métis women are being denied access to critical employment programming and funding.

[43] The respondent generally agrees that the MNC is the appropriate comparator group, however, it would look beneath the organization to consider the individuals whom the applicants claim are benefiting from the employment programs. Because the first inquiry under the *Law* test focuses on differential treatment on the basis of personal characteristics, I agree it is appropriate to consider which individuals or groups of individuals are benefiting from the employment programs. The applicants claim that the MNC represents predominantly the interests of Métis men, therefore, the Court will refine the comparator slightly to “Métis men who are able to access employment programming or funding through the MNC or its affiliates”.

[44] At the hearing, counsel for the applicants sought to mount a section 15 Charter claim against a further comparator group, the NWAC. The applicants argued that the government had discriminated against them on the basis of race by entering into a separate employment funding agreement with NWAC (an organization primarily representing status Indian women) and not awarding a similar agreement to the MNCW.

[45] The respondent objected to the introduction of NWAC as a comparator and to a discrimination claim

Le groupe de référence

[42] En l'espèce, il ressort clairement de la demande que le groupe initial de référence choisi par les demandeurs est le RNM. Les demandeurs disent que le RNM est une organisation à prédominance masculine qui marginalise les intérêts des femmes et cherche résolument à empêcher le CNFM de participer aux aspects, quels qu'ils soient, des programmes d'accès à l'emploi destinés aux Autochtones. Par ailleurs, parce que le RNM est l'unique organisation métisse à avoir conclu une entente cadre nationale avec le gouvernement, les demandeurs et, plus généralement, les femmes métisses se voient exclure des programmes essentiels d'accès à l'emploi et à leur financement.

[43] Le défendeur reconnaît de manière générale que le RNM est le groupe de référence adéquat, mais il irait au-delà de l'organisation et considérerait les personnes qui, aux dires des demandeurs, bénéficient des programmes d'accès à l'emploi. Puisque la première question comprise dans le critère de l'arrêt *Law* se focalise sur la différence de traitement en raison de caractéristiques personnelles, je reconnais qu'il convient de se demander quelles personnes ou quels groupes de personnes bénéficient des programmes d'accès à l'emploi. Selon les demandeurs, le RNM représente surtout les intérêts des hommes métis, et la Cour affinera donc légèrement le groupe de référence de telle sorte qu'il se compose des «hommes métis qui ont la possibilité d'accéder, grâce au RNM ou à ses affiliés, aux programmes d'accès à l'emploi et aux fonds qui s'y rapportent».

[44] Durant l'audience, l'avocate des demandeurs a voulu formuler, contre un autre groupe de référence, l'AFAC, une autre réclamation fondée sur l'article 15 de la Charte. Les demandeurs ont fait valoir que le gouvernement avait exercé contre eux une discrimination fondée sur la race, en concluant avec l'AFAC (une organisation qui représente surtout les Indiennes inscrites) une entente distincte de financement des programmes d'accès à l'emploi et en n'offrant pas une entente semblable au CNFM.

[45] Le défendeur s'est opposé à ce que l'AFAC soit considérée comme un groupe de référence et à ce qu'une

based on race because this was not part of the original application and as a result, the respondent did not lead any evidence to rebut this allegation. Upon review of the application for judicial review, I must agree with the respondent's submissions. This application concerns discrimination against Métis women as compared with Métis men who are able to access benefits, be it programming or funding, under the employment programs. While race is certainly an element to be taken into account when considering the pre-existing disadvantage of the applicants as well as the other contextual factors relevant to a discrimination analysis, it is not open to the applicants to raise an entirely new claim based on race. It is well established that the Court will only deal with grounds of review invoked by the applicant in the originating notice of application and in the supporting affidavits. If the applicants were able to invoke new grounds of review at the hearing, the respondent would be prejudiced because it was not given an opportunity to address the new grounds in its affidavit or consider filing an affidavit to address a new issue. See *Arona v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] F.C.J. No. 24 (T.D.) (QL) per Gibson J., at paragraph 9. See also *Canada (Attorney General) v. Lesiuk*, [2003] 2 F.C. 697, at paragraph 20 where the Court of Appeal refused to consider a new comparator group raised on appeal because a change in comparator could work prejudice and unfairness to the parties who, before the decision maker, proceeded under a different assumption and adduced evidence accordingly.

[46] As a result, the appropriate comparator group for the purpose of this application is Métis men who are able to access employment programming or funding through the MNC or its affiliates.

Evidence required to establish differential treatment in other Aboriginal cases and in the present case

[47] In many instances, the first stage of the *Law* test is easily satisfied because it is clear that the applicants

discrimination fondée sur la race soit alléguée, et cela parce que la demande initiale n'en parlait pas, et que le défendeur n'a donc produit aucune preuve pour réfuter cette allégation. Après examen de la demande de contrôle judiciaire, je dois souscrire aux conclusions du défendeur. Cette demande concerne la discrimination exercée contre les femmes métisses par rapport aux hommes métis, qui eux sont en mesure de recueillir des avantages, qu'il s'agisse des programmes d'accès à l'emploi ou de leur financement. La race est certainement un élément à prendre en compte lorsqu'on considère le désavantage préexistant des demandeurs ainsi que les autres facteurs contextuels qui intéressent une analyse de la discrimination, mais les demandeurs n'ont pas le loisir d'avancer une réclamation entièrement nouvelle fondée sur la race. Il est bien établi que la Cour ne portera son attention que sur les moyens invoqués par le demandeur dans l'avis introductif d'instance et dans les affidavits à l'appui. Si les demandeurs sont à même d'invoquer de nouveaux moyens à l'audience, le défendeur sera lésé parce qu'il n'aura pas eu la possibilité d'y répondre dans son affidavit ou d'envisager le dépôt d'un affidavit pour réagir à un nouvel enjeu. Voir la décision *Arona c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] A.C.F. n° 24 (1^{re} inst.) (QL), le juge Gibson, au paragraphe 9. Voir aussi l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Lesiuk*, [2003] 2 C.F. 697, au paragraphe 20, où la Cour d'appel a refusé de considérer un nouveau groupe de référence proposé en appel, et cela parce qu'un changement du groupe de référence risquait d'entraîner un préjudice et une injustice pour les parties qui, devant le décideur, s'étaient fondées sur d'autres prétentions et avaient produit leurs preuves en conséquence.

[46] Le groupe de référence, aux fins de la présente demande, sera donc les hommes métis qui sont en mesure, par l'entremise du RNM ou de ses affiliés, de bénéficier des programmes d'accès à l'emploi ou du financement qui s'y rapporte.

La preuve requise pour établir une différence de traitement dans d'autres affaires autochtones et dans la présente affaire

[47] Souvent, le premier volet du critère de l'arrêt *Law* est facilement rempli parce qu'il est clair que les

have been treated differently as compared to the comparator group. For example, in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203 the Supreme Court had no difficulty finding that the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5] drew a distinction between band members living on-reserve and those living off-reserve since the latter were excluded from the definition of persons eligible to vote in band elections. Similarly, in *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950 the Government of Ontario confirmed that the appellants, as non-band members, were subject to differential treatment because they were excluded from sharing in a fund designed for members of Indian bands.

[48] In *Ardoch Algonquin First Nation v. Canada (Attorney General)*, [2003] 2 F.C. 350 (T.D.), affd [2004] 2 F.C.R. 108 (F.C.A.) the applicants challenged the same programs at issue in this proceeding. Justice Lemieux had no difficulty concluding that the employment programs drew a distinction between the applicants, who were urban and non-status Indians, and the comparator group of First Nations members living on reserves. In that case, the facts were clear, and the respondent acknowledged that urban and non-status Indians were not able to properly access employment programming under the framework agreement signed with the AFN.

[49] By contrast, the differential treatment claimed by the applicants in the present case is not evident. The applicants submit that they have experienced differential treatment under the employment programs because the federal government has refused to extend bilateral agreements to the MNCW and its affiliates, whereas the MNC and its affiliates have been awarded such agreements. The applicants state that the demonstrated exclusion of the MNCW is sufficient to discharge their burden under stage one of the *Law* test.

[50] The difficulty with the applicants' argument is that it is premised solely on the exclusion of the MNCW

demandeurs n'ont pas été traités de la même manière que le groupe de référence. Par exemple, dans l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, la Cour suprême n'a eu aucune hésitation à dire que la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), ch. I-5] établissait une distinction entre les membres d'une bande habitant la réserve et ceux qui habitaient en dehors de la réserve, étant donné que ceux qui vivaient en dehors de la réserve étaient exclus de la définition des personnes admissibles à voter aux élections de la bande. De même, dans l'arrêt *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, le gouvernement de l'Ontario avait confirmé que les appelants, qui n'étaient pas membres de bandes, étaient soumis à un traitement différent parce qu'ils étaient exclus de toute participation dans un fonds conçu pour les membres des bandes indiennes.

[48] Dans la décision *Première nation algonquienne d'Ardoch c. Canada (Procureur général)*, [2003] 2 C.F. 350 (1^{re} inst.), confirmée par [2004] 2 R.C.F. 108 (C.A.F.), les demandeurs contestaient les mêmes programmes que ceux dont il s'agit ici. Le juge Lemieux n'a eu aucune hésitation à dire que les programmes d'accès à l'emploi établissaient une distinction entre les demandeurs, qui étaient des Indiens citoyens et non inscrits, et le groupe de référence, à savoir les membres des Premières nations qui vivaient dans les réserves. Dans cette affaire, les circonstances étaient claires, et le défendeur avait reconnu que les Indiens citoyens et non inscrits ne pouvaient bénéficier des programmes d'accès à l'emploi prévus par l'entente cadre signée avec l'APN.

[49] Au contraire, la différence de traitement alléguée par les demandeurs ici ne saute pas aux yeux. Les demandeurs disent qu'ils ont subi une différence de traitement dans les programmes d'accès à l'emploi parce que le gouvernement fédéral a refusé d'élargir les ententes bilatérales au CNFM et à ses affiliés, alors que le RNM et ses affiliés ont bénéficié de telles ententes. Selon les demandeurs, l'exclusion attestée du CNFM suffit à dire qu'ils se sont acquittés de la charge de la preuve qui leur incombait selon le premier volet du critère de l'arrêt *Law*.

[50] La difficulté que pose l'argument des demandeurs, c'est qu'il s'appuie uniquement sur

which, as a corporation, does not enjoy equality rights under the Charter nor does it have innate personal characteristics. See *Ardoch* (F.C.A.), at paragraph 23. Thus the fact that the MNCW has been excluded does not by itself demonstrate that there has been differential treatment within the meaning of subsection 15(1). In my view, to establish differential treatment the applicants have to demonstrate that the exclusion of the MNCW from negotiations and bilateral agreements has the effect of treating the individual applicant or Métis women in general differently on the basis of gender. To accomplish this, the applicants first have to demonstrate that MNCW represents the interests of Métis women and second, that the MNC, which purports to represent all Métis people, does not adequately represent the needs and interests of Métis women.

Evidence of differential treatment adduced in *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*

[51] In *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627 (*Native Women's*) the Supreme Court of Canada considered a similar issue to the case at bar, namely whether the equality provision in the Charter requires that government funding be provided to a women's Aboriginal group in order to promote the representation of women. Because of the similarities between this case and the current proceeding, it is worth a review at this juncture.

[52] The *Native Women's* case considered whether there was a violation of section 15 of the Charter because a women's group had been excluded from representing the interests of Aboriginal women in negotiations with the federal government. In the early 1990s, the government entered into a contribution agreement with four Aboriginal organizations to provide \$10 million to fund participation in constitutional negotiations. The concern of the NWAC was that the national Aboriginal organizations funded by the government were, as Justice Sopinka stated at page 636 of the decision:

l'exclusion du CNFM, lequel, en tant que personne morale, ne jouit pas des droits à l'égalité prévus par la Charte ni ne possède de caractéristiques personnelles propres. Voir l'arrêt *Ardoch* (C.A.F.), au paragraphe 23. L'exclusion du CNFM ne prouve donc pas en soi qu'il y a eu différence de traitement au sens du paragraphe 15(1). À mon avis, pour établir une différence de traitement, les demandeurs doivent montrer que l'exclusion du CNFM des négociations et des ententes bilatérales a pour effet de traiter la demanderesse ou les femmes métisses en général différemment en raison de leur sexe. Pour y parvenir, les demandeurs doivent d'abord montrer que le CNFM représente les intérêts des femmes métisses et ensuite que le RNM, qui prétend représenter toutes les populations métisses, ne répond pas aux besoins et aux intérêts des femmes métisses.

La preuve d'une différence de traitement produite dans l'arrêt *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*

[51] Dans l'arrêt *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627 (l'arrêt *AFAC*), la Cour suprême du Canada examinait un point semblable à celui qui se pose ici, c'est-à-dire celui de savoir si la disposition de la Charte qui confère le droit à l'égalité requiert qu'un financement public soit accordé à un groupe de femmes autochtones pour que soit assurée la représentation des femmes. En raison des similitudes entre ce précédent et la présente instance, il convient à ce stade d'examiner ce précédent.

[52] Le point soulevé dans l'arrêt *AFAC* était celui de savoir s'il y avait eu violation de l'article 15 de la Charte parce qu'un groupe de défense des femmes avait été empêché de représenter les intérêts des femmes autochtones dans des négociations menées avec le gouvernement fédéral. Au début des années 1990, le gouvernement avait conclu avec quatre organisations autochtones un accord de contribution qui prévoyait le versement d'une somme de 10 millions de dollars pour le financement de leur participation aux négociations constitutionnelles. La difficulté que cela posait pour l'*AFAC* était que les organisations autochtones nationales financées par le gouvernement étaient, comme l'écrivait le juge Sopinka à la page 636 de l'arrêt:

. . . male-dominated so that there was little likelihood that a male majority would adopt the pro-*Charter* view of the NWAC.

[53] Justice Sopinka held that the arguments of the NWAC relate more closely to an equality argument under section 15 of the *Charter* than paragraph 2(b) *Charter* argument. He stated at pages 657-658:

In either case, regardless of how the arguments are framed, it will be seen that the evidence does not support the conclusions urged by the respondents.

There is no question here of the Government of Canada attempting to suppress NWAC's expression of its point of view with respect to the Constitution. The s. 2(b) argument advanced is dependent on a finding that the funding of and participation by NWAC were essential to provide an equal voice for the rights of women. A corollary to this submission is that the funded groups are not representative of Native women because they advocate a male-dominated aboriginal self-government. This is the submission that was accepted by the Court of Appeal and is the foundation of its judgment. A review of the factual record reveals that there was no evidence to support the contention that the funded groups were less representative of the viewpoint of women with respect to the Constitution. Nor was there any evidence with respect to the level of support of NWAC by women as compared to the funded groups. As well, the evidence does not support the contention that the funded groups advocate a male-dominated form of self-government. At this point, a closer examination of the evidence is necessary in order to illustrate my conclusion.

[54] Justice Sopinka made several findings relevant to the case at bar. In particular, he concluded that there was no evidence to support the contention that the funded groups were less representative of the viewpoint of women than NWAC or that the funded groups advocated a male-dominated viewpoint. Moreover, there was no evidence of the level of support of NWAC by women as compared to the funded groups.

[55] As will be discussed further below, I have come to exactly the same conclusion in the present case. The evidence before the Court does not support the contention that the MNC is less representative of Métis

[. . .] à prédominance masculine de sorte qu'il y avait peu de chances que la majorité masculine adopte le point de vue de l'AFAC, qui était favorable à la *Charte*.

[53] Selon le juge Sopinka, les arguments de l'AFAC étaient plus étroitement rattachés au droit à l'égalité garanti par l'article 15 de la *Charte* qu'aux libertés garanties par l'alinéa 2b) de la *Charte*. Il écrivait, aux pages 657 et 658:

Dans l'un ou l'autre cas, peu importe la façon dont les arguments sont formulés, on verra que la preuve ne justifie pas les conclusions demandées par les intimés.

Il ne s'agit pas ici d'une tentative, de la part du gouvernement du Canada, d'empêcher l'AFAC d'exprimer son point de vue relativement à la Constitution. L'argument fondé sur l'al. 2b) repose sur la conclusion que le financement et la participation de l'AFAC étaient essentiels pour que les femmes puissent faire valoir leurs droits également. À titre de corollaire de cette allégation, on soutient que les groupes subventionnés ne sont pas représentatifs des femmes autochtones parce qu'ils préconisent une forme de gouvernement autochtone autonome à prédominance masculine. C'est l'argument que la Cour d'appel a retenu et qui est à la base de son jugement. Il ressort de l'examen des faits consignés au dossier qu'aucun élément de preuve ne venait étayer la prétention que les groupes subventionnés étaient moins représentatifs du point de vue des femmes sur la Constitution. Il n'y avait non plus aucun élément de preuve concernant l'appui que l'AFAC recevait des femmes comparativement aux groupes subventionnés. De même, la preuve ne permet pas de prétendre que les groupes subventionnés préconisent une forme de gouvernement autonome à prédominance masculine. Là, il me faut procéder à un examen plus approfondi de la preuve pour illustrer ma conclusion.

[54] Le juge Sopinka a fait plusieurs constatations qui intéressent la présente affaire. Plus précisément, selon lui, aucune preuve ne permettait de dire que les groupes subventionnés étaient moins représentatifs de l'opinion des femmes que l'AFAC, ni que les groupes subventionnés défendaient une opinion majoritairement masculine. Par ailleurs, il n'était pas établi que les femmes appuyaient l'AFAC davantage que les groupes subventionnés.

[55] Comme on le verra plus loin, je suis arrivé exactement à la même conclusion ici. La preuve présentée à la Cour ne permet pas d'affirmer que le RNM est moins représentatif des femmes métisses pour

women with respect to the employment programs than the MNCW. Nor is there any evidence that the MNC advocates a male-dominated viewpoint, or gives a preference to male Métis with respect to the negotiation, administration and disbursement of funds under the employment programs. Finally, there is no evidence that Métis women support the MNCW, as compared to the MNC.

[56] Justice Sopinka concluded at page 665 that the arguments with respect to section 15 of the Charter failed for a lack of evidence. He held:

I have concluded that the arguments of the respondents with respect to s. 15 must also fail. The lack of an evidentiary basis for the arguments with respect to ss. 2(b) and 28 is equally applicable to any arguments advanced under s. 15(1) of the *Charter* in this case. I agree with the Court of Appeal that s. 15(1) is of no assistance to the respondents.

[57] Justice Sopinka was speaking on behalf of seven Supreme Court Judges, including Chief Justice Lamer and Justice Iacobucci. Justices L'Heureux-Dubé and McLachlin [as she then was] gave concurring reasons.

[58] Counsel for the applicants submitted that the *Native Women's* decision of the Supreme Court is no longer applicable law because the Supreme Court has restated the general approach to a section 15 analysis, which must be purposive and contextual and mandates a three-stage inquiry. In my view, the Supreme Court of Canada's decision in *Law*, does not affect the elementary principle that a person challenging a government law, program or action under section 15 of the Charter must provide some evidence to support the contention.

Evidence of differential treatment adduced in the present case

(i) No evidence that the MNC fails to properly represent the interests of Métis women

[59] MNC purports to represent the needs and interests of all Métis persons, including women. Moreover, the national framework agreement with the MNC recognizes that gender equity is an essential characteristic of all programming and service delivery

ce qui est des programmes d'accès à l'emploi que le CNFM. Il n'est pas établi non plus que RNM défend des positions surtout masculines ou accorde la préférence aux Métis de sexe masculin dans la négociation, l'administration et le décaissement de sommes au titre des programmes d'accès à l'emploi. Finalement, il n'est pas établi que les femmes métisses sont plus favorables au CNFM qu'au RNM.

[56] Le juge Sopinka concluait à la page 665 que les arguments fondés sur l'article 15 de la Charte n'étaient pas recevables faute de preuve. Il a affirmé:

Je suis arrivé à la conclusion qu'il faut aussi rejeter les arguments des intimées en ce qui concerne l'art. 15. En l'espèce, il n'y a pas davantage de preuves à l'appui des arguments fondés sur le par. 15(1) de la *Charte* qu'il n'en existe à l'égard de ceux fondés sur l'al. 2b) et l'art. 28. Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le par. 15(1) n'est d'aucun secours aux intimées.

[57] Le juge Sopinka s'exprimait au nom de sept juges de la Cour suprême, dont le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci. Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin [tel était alors son titre] ont exposé des motifs concourants.

[58] L'avocate des demandeurs a fait valoir que l'arrêt *AFAC* de la Cour suprême n'est plus persuasif parce que la Cour suprême a reformulé la conception générale de l'analyse fondée sur l'article 15, analyse qui doit reposer sur l'objet visé et sur le contexte et qui comporte une triple interrogation. À mon avis, l'arrêt *Law* de la Cour suprême du Canada ne modifie pas le principe élémentaire selon lequel quiconque conteste une loi, un programme ou une action des pouvoirs publics en se fondant sur l'article 15 de la Charte doit apporter un minimum de preuve au soutien de ses prétentions.

La preuve d'une différence de traitement produite dans la présente affaire

i) Il n'est pas établi que le RNM ne représente pas adéquatement les intérêts des femmes métisses

[59] Le RNM prétend représenter les intérêts et les besoins de toutes les personnes métisses, y compris ceux des femmes. L'entente cadre nationale conclue avec le RNM reconnaît par ailleurs que l'égalité des sexes est une caractéristique essentielle de tous les programmes

and that gender equity is to be recognized in all regional bilateral agreements negotiated with MNC affiliates. Consequently, it is not evident from the outset that by entering into an agreement with the MNC, the government has excluded Métis women from benefits under the employment programs. In order to establish that Métis women are being treated differently under the employment programs, the applicants must adduce some evidence to demonstrate that the MNC does not properly represent the interests of women or that the MNC advocates a male-dominated viewpoint.

[60] The applicants did not present any evidence as to the composition of the MNC or the participation of women in that organization. The only evidence on the record was provided by a witness for the respondent. It states that the MNC is governed by a board of directors made up of presidents of provincial Métis associations and the national president. For the year 2001, there is a photograph of the Board of Governors at page 394 of Volume 1 of the Application Record for the respondent. The photograph shows seven persons on the Board of Governors, which include two women; Lisa McCallum, spokesperson of the Métis Women's Secretariat, and Audrey Poitras, President, Métis Nation of Alberta. Other evidence shows that Audrey Poitras has served as interim president of the MNC.

[61] The evidence also shows the Métis Nation of Ontario which is governed by 20 elected members of the Métis community. Seventeen of the elected members are shown in the evidence, of which six are women.

[62] The evidence also shows that there is an association of Métis women in Ontario called the Women of the Métis Nation in Ontario (WMNO). There are 13 elected representatives on the WMNO. There is no evidence that the WMNO supports the applicants in this case.

[63] Furthermore, the applicants have adduced almost no evidence to demonstrate that Métis women have encountered difficulties accessing programming or funding under the MNC national framework structure. In

appliqués et services fournis et qu'elle doit être reconnue dans toutes les ententes bilatérales régionales négociées avec les groupes affiliés du RNM. Par conséquent, il n'est pas d'emblée évident que, en concluant une entente avec le RNM, le gouvernement a exclu les femmes métisses des avantages prévus par les programmes d'accès à l'emploi. Pour prouver que les femmes métisses sont traitées différemment dans ces programmes, les demandeurs doivent produire des preuves tendant à montrer que le RNM ne représente pas adéquatement les intérêts des femmes ou qu'il défend une manière de voir essentiellement masculine.

[60] Les demandeurs n'ont pas produit d'éléments de preuve se rapportant à la composition du RNM ou à la participation des femmes dans cette organisation. La seule preuve versée dans le dossier a été produite par un témoin du défendeur. Selon cette preuve, le RNM est dirigé par un conseil des gouverneurs composé des présidents des associations métisses provinciales et du président national. Pour l'année 2001, on voit une photographie du conseil des gouverneurs, à la page 394 du volume 1 du dossier de demande du défendeur. La photographie montre sept personnes siégeant au conseil des gouverneurs, dont deux femmes: Lisa McCallum, porte-parole du Secrétariat des femmes métisses, et Audrey Poitras, présidente de la Nation métisse de l'Alberta. D'autres documents montrent qu'Audrey Poitras a rempli les fonctions de présidente intérimaire du RNM.

[61] La preuve fait aussi état de la Nation métisse de l'Ontario, qui est dirigée par 20 membres élus de la communauté métisse. Dix-sept des membres élus sont mentionnés dans la preuve, dont six sont des femmes.

[62] La preuve révèle aussi qu'il existe en Ontario une association de femmes métisses appelée Association des femmes de la Nation métisse de l'Ontario (AFNMO). Treize représentants élus siègent à l'AFNMO. Il n'est pas établi que l'AFNMO appuie les demandeurs.

[63] Par ailleurs, les demandeurs n'ont pour ainsi dire produit aucun élément de preuve tendant à montrer que les femmes métisses ont de la difficulté à se prévaloir de programmes ou d'un soutien financier dans la structure

her affidavit at paragraph 17 and following, Joyce Gus deposed that her company submitted an application for project funding to the Manitoba Métis Federation for a project designed to assess the level and nature of need in Métis communities in the region for education and resources relating to family violence. The proposal would have created employment for two staff persons and would have provided employment training in an area of known need to members of the community. It is alleged that this application was not processed, that it was repeatedly put “on hold”, and then on June 1, 1998 in a letter from a woman representing the Manitoba Métis Federation, Ms. Gus was advised that the management board referred the proposal to “Denise Thomas, Vice-President of the Southeast Region of the Manitoba Federation Inc.”, because:

Your proposed activities were in fact a duplication of various duties of the Métis child and family support worker currently based in the Southeast Regional office.

[64] In my view, this does not constitute sufficient evidence that Métis women have been treated differently, or that the administration of the program is male-dominated. From the evidence on the record, the key officials making the decisions as to whether to accept this project were all women. I cannot find that this evidence demonstrates differential treatment on the basis of gender.

[65] The only other evidence on the record consists of a document, which is a skeletal overview of the gender of Métis who received employment grants for the fiscal year ending March 1999 (Volume 1, application record of the respondent, page 361). This document breaks down the number of male and female recipients of benefits in 13 regions of Canada. In all cases, the number of female recipients is equal to or similar to the number of male recipients. For example, the first region provided is the Métis Provincial Council of British Columbia, where 56% of the clients receiving benefits under the program were female Métis. The actual number is 171 female Métis received benefits and 131 male Métis

nationale du RNM. Dans son affidavit, aux paragraphes 17 et suivants, Joyce Gus écrivait que son entreprise avait présenté une demande de financement à la Fédération des Métis du Manitoba pour un projet consistant à évaluer le niveau et la nature des besoins des communautés métisses de la région en matière d'éducation et de ressources liées à la violence familiale. La proposition aurait procuré des emplois à deux personnes et aurait offert une formation professionnelle aux membres de la communauté dans un domaine où les besoins en la matière étaient connus. On affirme que cette demande de financement n'a pas été considérée, qu'elle était constamment mise en attente, et que, le 1^{er} juin 1998, dans une lettre envoyée par une femme qui représentait la Fédération des Métis du Manitoba, M^{me} Gus fut informée que le conseil de gestion soumettait la proposition à [TRADUCTION] «Denise Thomas, vice-présidente de la région Sud-Est de la Manitoba Federation Inc.», parce que:

[TRADUCTION] Les activités que vous projetiez faisaient en réalité double emploi avec diverses tâches du travailleur actuellement basé dans les bureaux régionaux du Sud-Est, qui a pour mandat de venir en aide aux familles et aux enfants métis.

[64] À mon avis, cela ne prouve pas que les femmes métisses ont subi une différence de traitement ou que l'administration du programme est entre les mains des hommes. D'après les pièces du dossier, les cadres appelés à décider s'il fallait ou non accepter ce projet étaient tous des femmes. Il m'est impossible de dire que cet élément de preuve atteste une différence de traitement fondée sur le sexe.

[65] La seule autre preuve versée dans le dossier est un document donnant un aperçu très schématique des pourcentages d'hommes métis et de femmes métisses qui ont bénéficié de subventions à l'emploi pour l'exercice se terminant en mars 1999 (volume 1, dossier de la demande du défendeur, page 361). Ce document répartit sur 13 régions du Canada les nombres d'hommes et de femmes qui ont reçu des prestations. Dans tous les cas, le nombre de femmes bénéficiaires est égal ou semblable au nombre d'hommes. Par exemple, la première région indiquée est le Conseil provincial métis de la Colombie-Britannique, où 56 p. 100 des clients qui ont reçu des prestations au titre du programme étaient des

received benefits.

[66] The applicants must provide at least some rudimentary evidence to demonstrate that they are being treated differently on the basis of personal characteristics (i.e., gender). In my view, the applicants have produced no evidence to show that Métis women are not properly represented by the MNC or that they have encountered difficulties accessing benefits under the MNC national framework structure compared to Métis men. In fact, the evidence presented by the respondent suggests otherwise.

(ii) No evidence of level of support for MNCW by Métis women

[67] In order to demonstrate that the exclusion of the MNCW has the effect of treating Métis women differently, the applicants must also establish that the MNCW enjoys some measure of support among Métis women. Based on the record, there is a complete absence of evidence in this respect. The affidavit evidence from Ms. Genaille is that the MNCW is comprised of six affiliated Métis women's organizations and that these six affiliates account for approximately 62,000 Métis women out of the approximate 70,000 Métis women in Canada. Upon cross-examination of Ms. Genaille, it was clear to the Court that this evidence is not credible. In cross-examination, Application Record, Volume 2, page 873, and for the next approximate 75 pages, it is obvious that Ms. Genaille does not have any evidence regarding the level of support by Métis women for the MNCW. There is no membership list and there is no credible evidence that the regional Métis women's organizations support the MNCW. The cross-examination showed that the witness seems to have made up the information. For example, the exchange at pages 891-895 of the cross-examination demonstrates that the deponent did not provide any credible evidence for the number of Métis women supporting the six regional associations of Métis women. Moreover, there was no evidence that the regional associations of Métis women supported the MNCW, as opposed to the MNC. The evidence was simply lacking and whatever evidence was provided, was

femmes métisses. En chiffres absolus, on observe que 171 femmes métisses ont reçu des prestations, pour 131 hommes métis.

[66] Les demandeurs doivent apporter à tout le moins une preuve élémentaire tendant à montrer qu'ils sont traités différemment en raison de caractéristiques personnelles (par exemple le sexe). À mon avis, ils n'ont pas établi que les femmes métisses ne sont pas adéquatement représentées par le RNM ou qu'elles se sont heurtées à des difficultés, par comparaison aux hommes métis, dans l'accès aux aménagements offerts par la structure nationale du RNM. La preuve produite par le défendeur donne plutôt à entendre que c'est l'inverse.

ii) Absence de preuve de l'appui des femmes métisses au CNFM

[67] Pour prouver que l'exclusion du CNFM a pour effet de traiter les femmes métisses différemment, les demandeurs devaient aussi établir que le CNFM bénéficie d'un certain appui parmi les femmes métisses. Le dossier ne renferme aucune preuve d'un tel appui. La preuve par affidavit produite par M^{me} Genaille est que le CNFM comprend six organisations affiliées de femmes métisses et que ces six organisations représentent environ 62 000 femmes métisses sur les quelque 70 000 femmes métisses du Canada. Lors du contre-interrogatoire de M^{me} Genaille, il est apparu clairement à la Cour que cette preuve n'est pas vraisemblable. Dans le contre-interrogatoire, dossier de la demande, volume 2, page 873 et dans les quelque 75 pages qui suivent, il est évident que M^{me} Genaille ne dispose d'aucune preuve concernant l'appui des femmes métisses au CNFM. Il n'y a aucune liste de membres et il est loin d'être évident que les organisations régionales de femmes métisses soutiennent le CNFM. Le contre-interrogatoire de M^{me} Genaille a montré que le témoin semble avoir maquillé l'information. Par exemple, les échanges rapportés aux pages 891 à 895 du contre-interrogatoire montrent que le témoin n'a produit aucune preuve vraisemblable du nombre de femmes métisses qui soutiennent les six associations régionales de femmes métisses. Par ailleurs, il n'a pas été établi que les associations régionales de femmes métisses appuyaient le CNFM plutôt que le RNM. La preuve faisait simplement défaut, et les

shown on cross-examination to not be credible or intelligible.

[68] The Court appreciates that the Métis women may not keep membership lists, and that this is not a prerequisite to demonstrating support. However, there were no witnesses from any of these regional associations of Métis women who indicated that regional associations support the MNCW, as opposed to the MNC, or that the MNC does not properly or adequately represent the interests of Métis women.

CONCLUSION

[69] Based on the record before the Court, there is insufficient evidence to conclude that the MNC advocates a male-dominated perspective or that it does not properly represent the needs and interests of Métis women. Moreover, the applicants have provided no credible evidence with respect to the level of support enjoyed by the MNCW as compared to the MNC. In such circumstances, the Court cannot conclude that the exclusion of the MNCW from negotiations or from regional bilateral agreements has the effect of treating Métis women differently from Métis men who benefit from programming and funding under the Aboriginal employment programs.

[70] Moreover, this is an application for judicial review of the decision by HRDC to exclude Métis women. The evidence on the record before HRDC is such that on any standard of review, the Court cannot conclude that HRDC acted incorrectly or unreasonably in excluding the MNCW. The MNCW presented HRDC with no evidence that it represents the interests of Métis women, that the MNC does not represent the interests of Métis women, or that the delivery of the employment opportunity programs has the effect of treating Métis women differently on the basis of personal characteristics.

[71] For these reasons, the applicants have not established differential treatment by HRDC against Métis women or the individual applicant. Accordingly,

preuves qui ont été produites se sont révélées, durant le contre-interrogatoire, peu plausibles ou peu intelligibles.

[68] La Cour sait parfaitement que les femmes métisses ne conservent pas nécessairement des listes de membres et que de telles listes ne sont pas indispensables pour montrer l'existence d'un soutien. Toutefois, aucun des témoins venant de l'une de ces associations régionales de femmes métisses n'a dit que les associations régionales soutiennent le CNFM plutôt que le RNM ou que le RNM ne représente pas suffisamment ou adéquatement les intérêts des femmes métisses.

DISPOSITIF

[69] Eu égard au dossier que la Cour a devant elle, la preuve ne lui permet pas de dire que le RNM défend un point de vue essentiellement masculin ou qu'il ne représente pas adéquatement les besoins et les intérêts des femmes métisses. Par ailleurs, les demandeurs n'ont apporté aucune preuve digne de foi attestant le niveau de soutien dont bénéficierait le CNFM par rapport au RNM. Dans ces conditions, il est impossible pour la Cour de dire que l'exclusion du CNFM des négociations ou des ententes bilatérales régionales a pour effet de conférer aux femmes métisses un traitement différent de celui des hommes métis qui bénéficient de programmes et d'un soutien financier au titre des programmes d'accès à l'emploi destinés aux Autochtones.

[70] Par ailleurs, il s'agit ici d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de DRHC d'exclure les femmes métisses. Le contenu du dossier soumis à DRHC est tel que, quelle que soit la norme de contrôle appliquée, il est impossible pour la Cour de dire que DRHC a agi d'une manière incorrecte ou déraisonnable en excluant le CNFM. Le CNFM n'a présenté à DRHC aucun élément de preuve montrant qu'il représente les intérêts des femmes métisses, que le RNM ne représente pas les intérêts des femmes métisses ou que l'application des programmes d'accès à l'emploi a pour effet de conférer aux femmes métisses un traitement différent en raison de caractéristiques personnelles.

[71] Pour ces motifs, les demandeurs n'ont pas établi que DRHC a appliqué un traitement différent aux femmes métisses ou à la demanderesse. Par conséquent,

the Court finds that the applicants have not passed the first stage of inquiry in a section 15 Charter claim. As the applicants have not met the first stage of the inquiry, there is no need to proceed to the remaining two stages under the section 15 equality analysis and this application for judicial review must be dismissed.

COSTS

[72] Both parties seek their costs. The applicants seek their costs in any event of their success. In view of the fact that the applicants have adduced no evidence of differential treatment for Métis women in relation to Métis men, which is an obvious and minimum evidentiary requirement for a case such as this, there is no reason not to award the respondent his legal costs on a party-and-party basis. This application was missing the elementary evidentiary basis necessary to mount such a constitutional challenge.

la Cour conclut que les demandeurs n'ont pas franchi la première étape des questions que comporte une poursuite fondée sur l'article 15 de la Charte. Puisque les demandeurs n'ont pas satisfait à la première étape des questions, il n'est pas nécessaire de passer aux deux autres étapes de l'analyse se rapportant à l'article 15, et la demande de contrôle judiciaire doit être rejetée.

LES DÉPENS

[72] Les deux parties voudraient obtenir leurs dépens. Les demandeurs sollicitent leurs dépens même s'ils n'obtiennent pas gain de cause. Puisqu'ils n'ont pas apporté la preuve d'une différence de traitement des femmes métisses par rapport aux hommes métis, ce qui était une exigence évidente et minimale pour une affaire comme celle-ci, il n'y a aucune raison de ne pas accorder au défendeur ses dépens partie-partie. La demande était dépourvue des preuves élémentaires requises pour fonder une telle contestation constitutionnelle.

T-482-03
2005 FC 340

T-482-03
2005 CF 340

**Aventis Pharma Inc. and Aventis Pharma
Deutschland GmbH (Applicants)**

**Aventis Pharma Inc. et Aventis Pharma Deutschland
GmbH (demandereses)**

v.

c.

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

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

and

et

Schering Corporation (Respondent/Patentee)

Schering Corporation (défenderesse/brevetée)

**INDEXED AS: AVENTIS PHARMA INC. v. PHARMASCIENCE INC.
(F.C.)**

**RÉPERTORIÉ: AVENTIS PHARMA INC. c. PHARMASCIENCE INC.
(C.F.)**

Federal Court, Snider J.—Vancouver, December 7, 8
and 9, 2004; Ottawa, March 11, 2005.

Cour fédérale, juge Snider—Vancouver, 7, 8 et 9
décembre 2004; Ottawa, 11 mars 2005.

*Patents—Infringement—Pharmascience seeking Notice of Compliance (NOC) for angiotensin-converting enzyme (ACE) inhibitor, ramipril—Aventis seeking to prohibit Minister from granting NOC—Overarching issue: whether non-infringement allegation in notice of allegation (NOA) justified—Questions for determination: (1) adequacy of NOA; (2) whether certain patent claims amount to double patenting; (3) justification of allegation Pharmascience will not infringe claims to use drug for cardiac insufficiency—Relevant patents, patent laws considered—Purpose of NOA—NOA inadequate for failure to assert adequate facts to justify non-infringement allegation—Lengthy obiter analysis, discussion of double patenting—Whether double patenting where different patentees—Concept of “evergreening” discussed—Determination of priority dates—Effect of licence agreement—Expert evidence considered as to date for assessing obviousness double patenting argument—Date of invention versus date of patent—In absence of Canadian case law on point, Court applying American case *In re Braat*, 937 F. 2d 589—Prohibition order granted.*

*Brevets—Contrefaçon—Pharmascience sollicite un avis de conformité pour le ramipril, un inhibiteur de l'enzyme de conversion de l'angiotensine (ECA)—Aventis sollicite une ordonnance interdisant au ministre de délivrer l'avis de conformité—Question fondamentale en litige: l'allégation de non-contrefaçon dans l'avis d'allégation est-elle fondée?—Questions à trancher: 1) la suffisance de l'avis d'allégation; 2) certaines revendications entraînent-elles un double brevet; 3) l'allégation selon laquelle Pharmascience ne contrefera pas les revendications concernant l'utilisation du médicament pour le traitement de l'insuffisance cardiaque est-elle fondée?—Examen des brevets pertinents et de la législation sur les brevets—Rôle de l'avis d'allégation—L'avis d'allégation est insuffisant parce qu'il n'expose pas des faits permettant de justifier l'allégation de non-contrefaçon—Longue analyse formulée en remarque incidente, examen du principe du double brevet—Y a-t-il double brevet lorsque les brevets sont différents?—Analyse du concept du «renouvellement à perpétuité»—Détermination des dates de priorité—Effet du contrat de licence—Examen des témoignages des experts quant à la date à laquelle il convient d'apprécier l'argument fondé sur le double brevet relatif à une évidence—Date de l'invention par rapport à date du brevet—En l'absence d'une jurisprudence canadienne sur ce point, la Cour a appliqué la décision américaine *In re Braat*, 937 F.2d 589—Ordonnance d'interdiction accordée.*

This was an application to prohibit the Minister from issuing a notice of compliance (NOC) to Pharmascience to market the angiotensin-converting enzyme (ACE) inhibitor, ramipril, for treatment of hypertension. Applicant, Aventis Pharma Inc. held a patent on ramipril for the treatment of

Il s'agissait d'une demande visant à obtenir une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité à Pharmascience en vue de la commercialisation d'un inhibiteur de l'enzyme de conversion de l'angiotensine (ECA), le ramipril, utilisé pour le traitement de l'hypertension. La

hypertension, but it has expired. It still holds a patent on this drug to treat cardiac insufficiency. Schering Corporation, which owns a genus patent for ramipril and other ACE inhibitors, was joined as a respondent. In its notice of allegation (NOA), Pharmascience alleged that its product was not to be used or sold as a treatment for cardiac insufficiency. It further alleged that certain claims of Schering's '206 patent were invalid for double patenting.

The '206 patent relates to compounds useful as ACE inhibitors in hypertension treatment. Its claims were broad and would cover ramipril but the patent made no specific disclosure of the compound ramipril. A number of major obstacles had to be overcome before the patent for this invention was secured. The '087 patent was issued to Hoechst AG, predecessor to Aventis; it contained a claim of a process for making only the compound ramipril. The '087 patent is a selection patent of a compound also covered by the genus '206 patent. In 1986, Hoechst and Schering entered into a licence agreement, pursuant to which Aventis, as successor to Hoechst, holds a worldwide, exclusive licence to manufacture and sell ramipril. While the '087 patent has expired, it was relevant herein due to the double patenting allegation. The submission advanced by Pharmascience was that Aventis seeks to extend its monopoly beyond expiry of the '087 patent by claiming infringement of its '457 patent. That patent, issued to Aventis in 1988, claims compositions for the treatment of cardiac insufficiency, containing a compound of the genus of ACE inhibitor compounds including ramipril; claim 8 specifically claimed a composition containing ramipril or pharmaceutically acceptable salts thereof for the treatment of cardiac insufficiency (heart failure). That is a distinct therapeutic indication from hypertension and there was expert evidence that one would not have expected that a drug which was useful for the treatment of hypertension would also be useful for the treatment of heart failure. It was said that a skilled person reading either the '206 or '087 patents would not have been led to the conclusion that the compounds of the '457 patent could be used for heart failure.

The '206 patent issued from an application filed prior to October 1, 1989. It was accordingly governed by the pre-1989

demanderesse, Aventis Pharma Inc., était titulaire d'un brevet qui visait l'utilisation du ramipril dans le traitement de l'hypertension, mais ce brevet est expiré. Elle détient toujours un brevet concernant l'emploi de ce médicament pour le traitement de l'insuffisance cardiaque. Schering Corporation, qui est titulaire d'un brevet de genre qui vise le ramipril et d'autres inhibiteurs de l'ECA, a été constituée partie défenderesse. Dans son avis d'allégation, Pharmascience a indiqué que son produit ne serait pas utilisé ou vendu pour le traitement de l'insuffisance cardiaque. Elle a en outre allégué que certaines revendications du brevet '206 de Schering étaient invalides pour cause de double brevet.

Le brevet '206 porte sur des composés utiles comme inhibiteurs de l'ECA utilisés dans le traitement de l'hypertension. Ses revendications étaient larges et visaient le ramipril; cependant, le brevet ne renfermait aucun exposé décrivant spécifiquement le composé ramipril. Plusieurs obstacles majeurs ont dû être franchis avant l'obtention du brevet visant cette invention. Le brevet '087 a été délivré à Hoechst AG, prédécesseur d'Aventis; il contenait une revendication visant un procédé permettant uniquement de préparer le composé ramipril. Le brevet '087 est un brevet de sélection concernant un composé également visé par le brevet '206 qui est un brevet de genre. En 1986, Hoechst et Schering ont conclu un contrat de licence en vertu duquel Aventis, successeur de Hoechst, détient les droits exclusifs à l'échelle mondiale en matière de fabrication et de vente du ramipril. Même s'il était expiré, le brevet '087 était pertinent en l'espèce en raison de l'allégation de double brevet. Pharmascience a fait valoir qu'Aventis cherche à prolonger son monopole sur le ramipril au-delà de la date d'expiration du brevet '087 en soutenant qu'il y a contrefaçon de son brevet '457. Ce brevet, qui a été délivré à Aventis en 1988, revendique des compositions qui sont destinées à être utilisées dans le traitement de l'insuffisance cardiaque et qui contiennent un composé appartenant à la famille des composés inhibiteurs de l'ECA, y compris le ramipril; sa revendication 8 vise spécifiquement une composition contenant du ramipril ou des sels de ramipril acceptables du point de vue pharmaceutique destinés à être utilisés dans le traitement de l'insuffisance cardiaque (défaillance cardiaque). Il s'agit d'une indication thérapeutique distincte de l'hypertension et, selon le témoignage d'un expert, on ne s'attendrait pas à ce qu'un médicament qui est utile dans le traitement de l'hypertension le soit également dans le traitement d'une défaillance cardiaque. On a dit qu'une personne versée dans le domaine qui a lu le brevet '206 ou le brevet '087 n'aurait pas été amenée à conclure que les composés du brevet '457 pourraient être utilisés dans le traitement d'une défaillance cardiaque.

Le brevet '206 a été délivré relativement à une demande déposée avant le 1^{er} octobre 1989. Il était donc régi par les

Patent Act. The '206 patent was filed October 20, 1981 but did not issue until March, 2001, when the conflict proceedings concluded. There was no provision for "back dating" the patent or for shortening the patent's term. Had the application for the Schering patent been made after the October 1, 1989 amendments, the situation would have been otherwise since, under the current legislative scheme, conflicts are decided according to who filed first.

Held, the application should be allowed.

The first issue for consideration was the adequacy of the NOA. The case law has described the purpose of the NOA as well as the matters to be considered in assessing the adequacy thereof. It was urged by Aventis that Pharmascience ought to have disclosed the manner by which its marketing of ramipril was to be restricted to hypertension treatment. The medicine that Pharmascience intends to produce will be bioequivalent to and identical in appearance to "Altace", the subject of the expired '087 patent and the extant '457 patent. Furthermore, it would have therapeutic effect equivalent to "Altace". The NOA failed to disclose the employment of a limited interchangeability listing on the Ontario Drug Benefit formulary. Thus Pharmascience could only avoid infringement of the '457 patent by taking active steps to limit marketing. Such active steps should have been disclosed in the NOA. Pharmascience's allegation in this regard was nothing but a bald assertion of non-infringement.

The NOA was not inadequate on the double patenting issue. Pharmascience had described, at some length, the basis for this allegation of invalidity and this had allowed Aventis to assemble affidavit evidence and to make argument on this predominantly legal issue.

Aventis submitted that Pharmascience should have addressed claim 13 of the '206 patent. That submission would be correct only if Pharmascience had to address not only ramipril but any metabolite of that compound. But, under subparagraph 5(1)(b)(iv) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, the second person need only address issues of infringement of claims for the medicine. Here, the medicine was ramipril, not ramiprilat. What happens to ramipril once ingested was irrelevant in determining the adequacy of the NOA. But, since the NOA failed to assert adequate facts to justify the allegation that Pharmascience's marketing would not infringe the '457 patent, the NOA did not satisfy the Regulations and so Aventis was entitled to the relief sought.

dispositions applicables avant 1989. Le brevet '206 a été déposé le 20 octobre 1981 mais n'a pas été délivré avant mars 2001, lorsque l'instance en conflit de priorité a pris fin. Il n'existait aucune disposition prévoyant l'enregistrement rétroactif du brevet ou l'abrégement de sa durée. Si la demande concernant le brevet de Schering avait été présentée après les modifications du 1^{er} octobre 1989, la situation aurait été différente parce que, en vertu de l'actuel régime législatif, les conflits de priorité sont réglés en fonction de la date du dépôt.

Jugement: la demande doit être accueillie.

La première question à examiner était celle de la suffisance de l'avis d'allégation. La jurisprudence a décrit le rôle de l'avis d'allégation ainsi que les éléments qu'il faut examiner pour évaluer sa suffisance. Aventis a soutenu que Pharmascience aurait dû indiquer comment elle limiterait sa commercialisation du ramipril au traitement de l'hypertension. Le médicament que Pharmascience a l'intention de produire sera bioéquivalent à l'«Altace», visé par le brevet '087 qui est expiré et par le brevet '457 qui est toujours en vigueur, et il se présentera sous la même apparence. De plus, il aura un effet thérapeutique équivalent à celui de l'«Altace». L'avis d'allégation n'indiquait pas que l'inscription au Formulaire comparatif des médicaments du Programme de médicaments de l'Ontario prévoyait une interchangeabilité limitée. Il semble donc que Pharmascience ne pouvait éviter la contrefaçon du brevet '457 qu'en prenant des mesures concrètes pour limiter la commercialisation. Ces mesures auraient dû être divulguées dans l'avis d'allégation. L'allégation de Pharmascience à cet égard était assimilable à une simple affirmation de non-contrefaçon.

L'avis d'allégation n'était pas insuffisant en ce qui a trait à la question du double brevet. Pharmascience avait décrit assez longuement les raisons pour lesquelles elle alléguait l'invalidité et c'est ce qui avait permis à Aventis de rassembler une preuve par affidavits et d'opposer des arguments à cette question éminemment juridique.

Aventis a soutenu que Pharmascience aurait dû tenir compte de la revendication 13 du brevet '206. Cet argument aurait été correct uniquement si Pharmascience était tenue d'examiner non seulement le composé de ramipril mais aussi tout métabolite du ramipril. Toutefois, suivant le sous-alinéa 5(1)(b)(iv) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, la seconde personne n'a qu'à examiner les questions de contrefaçon des revendications pour le médicament. En l'espèce, le médicament en cause était le ramipril et non le ramiprilate. Ce qui arrive au ramipril après ingestion n'était pas pertinent pour déterminer la suffisance de l'avis d'allégation. Cependant, comme l'avis d'allégation n'exposait pas des faits permettant de justifier l'allégation selon laquelle la commercialisation par Pharmascience de son

In the event that this conclusion might be wrong, the double patenting allegation was dealt with. The Supreme Court of Canada has made it clear that previous inventions are not to be “evergreened” by the expedient of uninventive additions. Pharmascience argued that Aventis was attempting, by the backdoor, to extend its expired ramipril patent. Simply by filing this application, Aventis automatically obtained a two-year extension of its ‘087 patent. If the effect of this Court’s decision is that an expired patent appears to maintain a continued monopoly, this should not be viewed as evergreening. It is simply a recognition that patents, other than the expired patent continue and that the rights of those patent holders must be recognized. The claims of the ‘206 patent are not identical or conterminous with those of the ‘087 or ‘457 patents: ‘206 is a genus patent covering a huge number of compounds, the ‘087 is a selection patent covering only a portion of the chemicals claimed in the genus patent and ‘457 is a use patent, claiming ramipril as a cardiac insufficiency treatment. This was not “same invention” double patenting. A second type of double patenting is termed “obviousness” double patenting. This refers to a second patent, the claims for which are not “patentably distinct” from those of the earlier patent. A second patent is not justified unless the claims reveal novelty or ingenuity over the earlier patent. This is the type of double patenting here at issue. Aventis and Schering submitted that obviousness double patenting had no application where the inventors or patentees are different. There was no case law directly on point. The inventors or patentees should not be the focus of the analysis, but rather basic principles and the claims. A patent represents a bargain between the patentee and the public and if a patent is granted for an invention that is not new, the patentee would receive a benefit without having paid the “hard coinage” of an ingenious disclosure. In other words, he would receive something for nothing. The public would have received no consideration for the bargain regardless of whether the patentees were different or the same. The concept of obviousness double patenting should not be limited to the same patentees or inventors. The focus must always be on the claims that form the invention and not on the parties advancing them. While Canadian case law on “evergreening” has yet to deal with a situation of different patentees, an invalidity allegation should not be rejected just because existing case law had not settled the issue.

produit ne contreferaient pas le brevet ‘457, l’avis d’allégation ne satisfaisait pas aux exigences du Règlement et la demande d’Aventis devait donc être accueillie.

Dans l’hypothèse où cette conclusion pourrait être erronée, l’allégation concernant le double brevet a été analysée. La Cour suprême du Canada a clairement indiqué que les inventions antérieures ne doivent pas être «renouvelées à perpétuité» grâce à des ajouts évidents ou non inventifs. Pharmascience a soutenu qu’Aventis tentait, par un moyen détourné, de prolonger son brevet expiré en ce qui concerne le ramipril. En déposant tout simplement la présente demande, Aventis a automatiquement obtenu une prolongation de deux ans de son brevet ‘087. Si, par suite d’une décision de notre Cour, un brevet expiré semble entraîner le maintien d’un monopole, on ne devrait pas considérer qu’il s’agit d’un renouvellement à perpétuité. On reconnaît simplement que des brevets, autres que le brevet expiré, sont encore en vigueur et que les droits des titulaires de ces brevets doivent être reconnus. Il n’y a pas «identité» entre les revendications du brevet ‘206 et celles des brevets ‘087 ou ‘457: le brevet ‘206 est un brevet de genre qui vise un très grand nombre de composés, le brevet ‘087 est un brevet de sélection qui ne vise qu’une partie des produits chimiques revendiqués dans le brevet de genre et le brevet ‘457 est un brevet d’utilisation, revendiquant le ramipril dans le traitement de l’insuffisance cardiaque. Il ne s’agissait pas d’un double brevet relatif à la «même invention». La deuxième catégorie de double brevet est appelée double brevet relatif à une «évidence». On parle ici d’un deuxième brevet dont les revendications ne visent pas un «élément brevetable distinct» de celui visé par les revendications du brevet antérieur. Un second brevet n’est justifié que si les revendications font preuve de nouveauté ou d’ingéniosité par rapport au brevet antérieur. C’est de ce type de double brevet dont il est question en l’espèce. Aventis et Schering ont prétendu qu’il ne peut pas y avoir double brevet relatif à une évidence lorsque les inventeurs ou les brevetés sont différents. Il n’y avait aucune jurisprudence traitant directement de cette question. L’accent ne devrait pas être mis dans l’analyse sur les inventeurs ou les brevetés, mais plutôt sur les principes de base et les revendications. Un brevet est un marché conclu entre le breveté et le public et si un brevet est délivré pour une invention qui n’est pas nouvelle, le breveté jouira d’un avantage sans avoir à fournir de «divulgations ingénieuses». En d’autres mots, il obtiendra quelque chose sans rien fournir en retour. Le public n’aura reçu aucune contrepartie dans le marché conclu, que les inventeurs ou les brevetés soient les mêmes ou non. L’application du concept du double brevet relatif à une évidence ne devrait pas se limiter aux mêmes brevetés ou inventeurs. L’accent doit toujours être mis sur les revendications qui constituent l’invention et non sur les personnes ou parties qui les font valoir. Bien que la jurisprudence canadienne traitant du concept du

Thus the question was whether the claims to one of the patents in issue was patentably distinct over the claims of the other. Considering the relationship between the '206 and '087 patents, the '087 ramipril patent covered an invention that added something of a substantial character to existing knowledge.

However, Schering has "enjoyed" the benefits of its patent through royalties received since 1986, pursuant to its licence agreement with Hoescht. The problem with the argument that having benefited from its '206 claim to a patent, Schering should not have recognition for a further period of time, was that the rights under a licence agreement are limited and not comparable to the protection afforded by a patent under the statutory scheme. Schering could enforce the rights acquired under its licence agreement with Hoescht only against the other party to the agreement i.e. Hoechst or its successor in interest, Aventis. At the time the licence agreement was entered into, there remained a significant risk to Schering that the '206 patent might never issue. Little weight was assigned to the agreement as evidence that Schering had had any benefit from the patent since 1986. And even if Schering and Aventis were considered as the same patentees, nothing in the Act prevented the same patentees from developing a novel invention that could be patented.

In determining the date for assessing the obviousness double patenting argument, the Court considered the evidence of the expert witnesses. The allegation of Pharmascience, that the '206 claims were invalid for double patenting, was founded on an assessment of obviousness using the patent issue date of March, 2001. But, if the correct reference date was 1981, the double patenting argument would collapse. In this case, the date of invention rather than that of the patent should be used to determine obviousness because the '206 patent issued under the pre-1982 patent scheme. The claims arise from an invention, not from the grant. The problem herein could not arise under the Act now in force. Assessing the issue of obviousness double patenting as of the date of invention appears to result in an inequity, but Schering's situation if 2001 were selected as the correct reference date had also to be considered. In that case, Schering would not have had the benefit of a patent from 1981 to 2001 and would also be stripped of its side of the "bargain" as of 2001. That would mean that the patentee got nothing for its invention in respect of the claims that cover ramipril.

«renouvellement à perpétuité» n'ait pas encore examiné un cas où les brevetés sont différents, il n'y a aucune raison de rejeter une allégation d'invalidité pour le simple motif que la jurisprudence n'a pas tranché cette question.

Il fallait donc déterminer si les revendications de l'un des brevets en cause étaient distinctes, au plan de la brevetabilité, des revendications de l'autre brevet. Compte tenu des liens qui existent entre le brevet '206 et le brevet '087, le brevet '087 visant le ramipril concernait une invention qui ajoute quelque chose de substantiel à des connaissances existantes.

Toutefois, Schering a «joué» des avantages résultant de son brevet grâce aux redevances qu'elle a touchées depuis 1986 en vertu du contrat de licence conclu avec Hoescht. Le problème que pose l'argument selon lequel Schering ayant tiré avantage du fait qu'elle prétendait avoir un brevet ne devrait pas pouvoir en profiter plus longtemps était que les droits conférés par un contrat de licence sont limités et ne peuvent être comparés à la protection offerte par un brevet délivré en vertu du cadre législatif. Schering ne pouvait faire valoir les droits acquis en vertu du contrat de licence conclu avec Hoescht qu'à l'égard de l'autre partie à l'accord, en l'occurrence Hoechst ou son ayant droit, Aventis. À l'époque où le contrat de licence a été conclu, il existait un risque important pour Schering que le brevet '206 ne soit jamais délivré. Peu de poids a été accordé au contrat de licence en tant que preuve que Schering avait tiré profit du brevet depuis 1986. Et même si on considérait que Schering et Aventis sont les mêmes brevetées, aucune disposition de la Loi n'empêchait les mêmes brevetés de mettre au point de nouvelles inventions qui pourraient ensuite être brevetées.

Pour déterminer la date à laquelle il convient d'apprécier l'argument fondé sur le double brevet relatif à une incidence, la Cour a examiné les témoignages d'experts. Pharmascience a allégué que les revendications du brevet '206 étaient invalides pour cause de double brevet en s'appuyant sur une appréciation de l'évidence faite à partir de la date de délivrance du brevet, soit mars 2001. Cependant, si la date de référence correcte était 1981, l'argument fondé sur le double brevet s'écroulerait. En l'espèce, c'est la date de l'invention et non celle du brevet qui devrait servir à déterminer l'évidence parce que le brevet 206 a été délivré sous le régime applicable au brevet avant 1982. Les revendications découlent d'une invention et non de la délivrance du brevet. Le problème dont il est question en l'espèce ne pourrait pas se poser dans le cadre de la Loi qui s'applique à l'heure actuelle. Utiliser la date de l'invention pour apprécier la question du double brevet relatif à une évidence entraîne une injustice, mais on devait également examiner quelle serait la situation de Schering si la date de référence utilisée était 2001. Dans un tel cas, Schering n'aurait pas eu l'avantage d'un brevet de 1981 à 2001 et elle serait également privée de sa contrepartie du «marché» en

There was no Canadian case on point, but the Court was referred to an American case, *In re Braat*, 937 F.2d 589. An application of the logic of *Braat* required an assessment of whether the claims of the '087 patent were obvious over the claims to ramipril in the '206 patent. The only expert evidence on this was that it would not have been obvious that ramipril would have significantly increased activity relative to its stereoisomers. Based on that uncontested evidence, the claims of the '087 patent were not obvious over the claims of the '206 patent and, according to the logic of *Braat*, the obviousness double patenting argument could not succeed.

The situation here was not one of evergreening the '087 patent. It was rather described as a recognition of the rights of the '206 patent holder. The Pharmascience allegation that its ramipril will not infringe the '206 patent was not justified and this was a sufficient basis upon which to grant Schering's application.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 400(3), Tariff B, Column III.
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 27(1), 43.
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 5(1) (as am. by SOR/98-166, s. 4; 99-379, s. 2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc. (2004), 31 C.P.R. (4th) 214; 245 F.T.R. 243; 2003 FC 1428; *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 S.C.R. 153; (2002), 219 D.L.R. (4th) 660; 21 C.P.R. (4th) 499; 296 N.R. 130; 2002 SCC 77; *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.* (1997), 77 C.P.R. (3d) 547 (F.C.T.D.); *In re Braat*, 937 F.2d 589 (Fed. Cir. 1991).

CONSIDERED:

AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare) (2000), 7 C.P.R. (4th) 272; 256 N.R. 172 (F.C.A.); *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067; (2000), 194 D.L.R. (4th) 193; 9 C.P.R. (4th) 129; 263 N.R. 88; 2000 SCC 67; *Commissioner of Patents v.*

2001. Il en résulterait que la brevetée n'a rien reçu pour son invention en ce qui concerne les revendications qui visent le ramipril.

Les tribunaux canadiens ne s'étaient pas prononcés sur le cas en litige, mais la Cour a été invitée à se reporter à une décision américaine, *In re Braat*, 937 F.2d 589. L'application du raisonnement suivi dans l'arrêt *Braat* exigeait l'examen de la question de savoir si les revendications du brevet '087 étaient évidentes par rapport aux revendications concernant le ramipril dans le brevet '206. D'après le seul témoignage d'expert portant sur cette question, il n'aurait pas été évident que le ramipril aurait présenté une activité relative considérablement accrue à son stéréoisomère. Compte tenu de ce témoignage non contesté, les revendications du brevet '087 n'étaient pas évidentes par rapport aux revendications du brevet '206 et, selon la logique de l'arrêt *Braat*, l'argument fondé sur le double brevet relatif à une évidence ne pouvait pas être retenu.

Il ne s'agissait pas en l'espèce d'un renouvellement à perpétuité du brevet '087, mais plutôt d'une reconnaissance des droits du titulaire du brevet '206. L'allégation de Pharmascience selon laquelle son ramipril ne contrefera pas le brevet '206 n'était pas fondée et c'était un motif suffisant pour accueillir la demande de Schering.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 27(1), 43.
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5(1) (mod. par DORS/98-166, art. 4; 99-379, art. 2).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 400(3), tarif B, colonne III.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc. (2004), 31 C.P.R. (4th) 214; 245 F.T.R. 243; 2003 CF 1428; *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 R.C.S. 153; (2002), 219 D.L.R. (4th) 660; 21 C.P.R. (4th) 499; 296 N.R. 130; 2002 CSC 77; *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.* (1997), 77 C.P.R. (3d) 547 (C.F. 1^{re} inst.); *In re Braat*, 937 F.2d 589 (Fed. Cir. 1991).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social) (2000), 7 C.P.R. (4th) 272; 256 N.R. 172 (C.A.F.); *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067; (2000), 194 D.L.R. (4th) 193; 9 C.P.R. (4th) 129; 263 N.R. 88; 2000 CSC 67; *Commissioner of Patents v.*

Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning, [1964] S.C.R. 49; (1963), 41 C.P.R. 9; 25 Fox Pat C. 99.

REFERRED TO:

AB Hassle v. Genpharm Inc. (2003), 243 F.T.R. 6; 2003 FC 1443; *Beecham Canada Ltd. et al. v. Procter & Gamble Co.* (1982), 61 C.P.R. (2d) 1; 40 N.R. 313 (F.C.A.); *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024; (2000), 194 D.L.R. (4th) 232; 9 C.P.R. (4th) 168; 263 N.R. 150; 2000 SCC 66; *In re I.G. Farbenindustrie A.G.'s Patents* (1930), 47 R.P.C. 289 (Ch. D.).

APPLICATION for an order prohibiting the Minister of Health from issuing a notice of compliance, under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, for the marketing of the drug ramipril as a treatment for hypertension. Application granted.

APPEARANCES:

Gunars A. Gaikis, A. David Morrow and J. Sheldon Hamilton for applicants.
Donald H. MacOdrum and Mark S. Mitchell for respondent Pharmascience Inc.
Anthony George Creber for respondent Schering Corporation.
Eric Petersen for respondent Minister of Health.

SOLICITORS OF RECORD:

Smart & Biggar, Toronto, for applicants.
Lang Michener LLP, Toronto, for respondent Pharmascience Inc.
Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for respondent Schering Corporation.
Deputy Attorney General of Canada for respondent Minister of Health.

The following are the reasons for order rendered in English by

SNIDER J.:

INTRODUCTION

[1] Pharmascience Inc. (Pharmascience), on August 31, 2001, made a submission to the Minister of Health

Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning, [1964] R.C.S. 49; (1963), 41 C.P.R. 9; 25 Fox Pat C. 99.

DÉCISIONS CITÉES:

AB Hassle c. Genpharm Inc. (2003), 243 F.T.R. 6; 2003 CF 1443; *Beecham Canada Ltd. et al. c. Procter & Gamble Co.* (1982), 61 C.P.R. (2d) 1; 40 N.R. 313 (C.A.F.); *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024; (2000), 194 D.L.R. (4th) 232; 9 C.P.R. (4th) 168; 263 N.R. 150; 2000 CSC 66; *In re I.G. Farbenindustrie A.G.'s Patents* (1930), 47 R.P.C. 289 (Ch. D.).

DEMANDE visant à obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité, en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, en vue de la commercialisation du médicament ramipril utilisé dans le traitement de l'hypertension. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

Gunars A. Gaikis, A. David Morrow et J. Sheldon Hamilton pour les demanderesse.
Donald H. MacOdrum et Mark S. Mitchell pour la défenderesse Pharmascience Inc.
Anthony George Creber pour la défenderesse Schering Corporation.
Eric Petersen pour le défendeur le ministre de la Santé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Smart & Biggar, Toronto, pour les demanderesse.
Lang Michener LLP, Toronto, pour la défenderesse Pharmascience Inc.
Gowling Lafleur Henderson s.r.l., Ottawa, pour la défenderesse Schering Corporation.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur le ministre de la Santé.

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

LA JUGE SNIDER:

INTRODUCTION

[1] Le 31 août 2001, Pharmascience Inc. (Pharmascience) a présenté une demande au ministre de la Santé

(Minister), pursuant to the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* [SOR/93-133] (the Regulations), for the issuance of a notice of compliance (NOC) to market capsules of ramipril for the treatment of hypertension. In this application, commenced by notice of application filed March 28, 2003, Aventis Pharma Inc. and Aventis Pharma Deutschland GmbH (Aventis) seek an order of prohibition preventing the Minister from granting the NOC to Pharmascience. Schering Corporation (Schering), as owner of one of the relevant patents, has been joined as a respondent in this application and supports Aventis.

[2] The drug ramipril, known as an angiotensin-converting enzyme (ACE) inhibitor, has been used for the treatment of both cardiac insufficiency (also referred to as heart failure) and hypertension (or high blood pressure). In this proceeding, there are three relevant patents related to this drug:

- Aventis held Canadian Patent 1187087 (the '087 patent) which covered the use of ramipril for the treatment of hypertension and which expired November 4, 2002.
- Canadian Patent 1246457 (the '457 patent) is held by Aventis for the use of ramipril for cardiac insufficiency; the '457 patent was issued December 13, 1988 and expires in December 2005.
- Canadian Patent 1341206 (the '206 patent), held by Schering, is a genus patent that includes ramipril and other ACE inhibitors. Although application for the patent was filed in October 1981, the patent did not issue until March 20, 2001.

[3] Aventis markets ramipril under the trade name "Altace".

[4] In connection with its NOC submission and as required by subsection 5(1) [as am. by SOR/98-166, s. 4; 99-379, s. 2] of the Regulations, Pharmascience, on February 7, 2003, served Aventis with a notice of allegation (NOA) accompanied by a "detailed statement

(le ministre), conformément au *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* [DORS/93-133] (le Règlement), afin d'obtenir la délivrance d'un avis de conformité en vue de la commercialisation de gélules de ramipril utilisées dans le traitement de l'hypertension. Dans la présente demande, introduite par un avis de demande déposé le 28 mars 2003, Aventis Pharma Inc. et Aventis Pharma Deutschland GmbH (Aventis) sollicitent une ordonnance interdisant au ministre de délivrer l'avis de conformité à Pharmascience. Schering Corporation (Schering), qui est propriétaire de l'un des brevets pertinents, a été constituée partie défenderesse à l'instance et donne son appui à Aventis.

[2] Le médicament ramipril, un inhibiteur de l'enzyme de conversion de l'angiotensine (ECA), est utilisé pour le traitement de l'insuffisance cardiaque (aussi appelée défaillance cardiaque) et de l'hypertension (ou hypertension artérielle). En l'espèce, trois brevets se rapportent à ce médicament:

- Aventis était titulaire du brevet canadien n° 1187087 (le brevet '087) qui visait l'emploi du ramipril dans le traitement de l'hypertension et qui expirait le 4 novembre 2002.
- Le brevet canadien n° 1246457 (le brevet '457) est détenu par Aventis et concerne l'emploi du ramipril pour le traitement de l'insuffisance cardiaque; le brevet '457 a été délivré le 13 décembre 1988 et expire en décembre 2005.
- Le brevet canadien n° 1341206 (le brevet '206), détenu par Schering, est un brevet de genre qui revendique le ramipril et d'autres inhibiteurs de l'ECA. Bien que la demande de brevet ait été déposée en octobre 1981, le brevet n'a été délivré que le 20 mars 2001.

[3] Aventis commercialise le ramipril sous l'appellation commerciale «Altace».

[4] En liaison avec sa demande d'avis de conformité et comme l'exige le paragraphe 5(1) [mod. par DORS/98-166, art. 4; 99-372, art. 2] du Règlement, Pharmascience a signifié à Aventis, le 7 février 2003, un avis d'allégation accompagné d'un «énoncé détaillé du

of the legal and factual basis for each such allegation.” In brief, the NOA made the following allegations:

- Pharmascience’s ramipril “will not be made, constructed, used or sold for treating cardiac insufficiency as claimed in the claims of the ‘457 patent.”
- Claims 1, 2, 3, 6 and 12 of the ‘206 patent, which cover ramipril, “are invalid on the basis that they cover subject matter that is not patentably distinct from subject matter covered by claims of the . . . ‘087 patent and the . . . ‘457 patent.”
- None of the other claims of the ‘206 patent (claims 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, and 13), which do not cover ramipril, will be infringed.

ISSUES

[5] The overarching issue in this application is whether the allegation of non-infringement made by Pharmascience in its NOA submitted to the Minister is justified. In making this determination, the following questions must be answered:

(1) Is the NOA adequate?

(2) In light of the earlier granted ‘087 and ‘457 patents, is Pharmascience justified in alleging that those claims of the ‘206 patent that cover ramipril, are invalid on the basis of double patenting?

(3) Is the allegation that Pharmascience will not infringe the claims to the use of ramipril to treat cardiac insufficiency in the ‘457 patent justified?

[6] If the answer to any of these questions is “no”, Aventis will be successful in this application.

THE RELEVANT PATENTS

[7] Some of the claims of each of the ‘206, ‘087, and ‘457 patents are relevant to this application. It would be helpful to commence with a description of the pertinent claims and the background of the three patents.

droit et des faits sur lesquels elle se fonde». En gros, l’avis d’allégation contenait les allégations suivantes:

- le ramipril de Pharmascience [TRADUCTION] «ne sera pas fabriqué, utilisé ou vendu pour le traitement de l’insuffisance cardiaque tel qu’il est allégué dans les revendications du brevet ‘457».
- Les revendications 1, 2, 3, 6 et 12 du brevet ‘206, qui visent le ramipril, [TRADUCTION] «sont invalides parce qu’elles ne visent pas un élément brevetable distinct de celui visé par les revendications du [. . .] brevet ‘087 et du [. . .] brevet ‘457».
- Aucune des autres revendications du brevet ‘206 (revendications 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11 et 13), qui ne visent pas le ramipril, ne sera contrefaite.

QUESTIONS EN LITIGE

[5] La question fondamentale en l’espèce est celle de savoir si l’allégation de non-contrefaçon dans l’avis d’allégation présenté au ministre par Pharmascience est fondée. Pour statuer sur ce point, il faut répondre aux questions suivantes:

1) L’avis d’allégation est-il suffisant?

2) Compte tenu des brevets ‘087 et ‘457 qui ont été délivrés antérieurement, Pharmascience a-t-elle raison d’alléguer que les revendications du brevet ‘206 qui visent le ramipril sont invalides pour cause de double brevet?

3) L’allégation selon laquelle Pharmascience ne contrefera pas les revendications du brevet ‘457 concernant l’utilisation du ramipril pour le traitement de l’insuffisance cardiaque est-elle fondée?

[6] Si la réponse à l’une quelconque de ces questions est négative, la demande d’Aventis sera accueillie.

LES BREVETS PERTINENTS

[7] Certaines des revendications des brevets ‘206, ‘087 et ‘457 sont pertinentes pour la présente demande. Il m’apparaît utile de commencer par une description des revendications pertinentes et du contexte dans lequel les trois brevets ont été délivrés.

Canadian Patent 1341206 ('206 patent)

[8] The '206 patent is entitled "Carboxyalkyl Dipeptides, Processes for Their Production and Pharmaceutical Compositions Containing Them." The patent relates to compounds (carboxyalkyl dipeptides) which are useful as ACE inhibitors for the treatment of hypertension. The claims of the '206 patent are broad and cover a genus of compounds that include ramipril but, nowhere in the patent is there a specific disclosure of the compound ramipril. The claims relevant to this application are as follows:

- Claim 1 of the '206 patent claims a genus of carboxyalkyl dipeptides of a general formula consisting of three main units: (a) the bicyclic rings; (b) the central alanyl unit; and (c) the end chain unit. It is not limited to a specific stereochemistry. Where certain substitutions are made to the general formula, the resulting formula describes ramipril and its stereoisomers (the different configurations possible in three-dimensional organic molecules).
- Claim 2 also covers compounds with a specified general formula and is not limited to specific stereoisomers. With certain substitutions, ramipril is covered by this claim.
- Claim 3, in a similar fashion, covers ramipril.
- Claim 6 claims compounds having a general formula. When certain substitutions are made, the general formula of claim 6 describes 32 stereoisomers, one of which is ramipril.
- The formula of claim 12 describes 8 different stereoisomers, one of which is ramipril.
- Claim 13 covers the compound ramiprilate which is the metabolite formed in the body of patients who take ramipril.

[9] Dr. Elizabeth Smith, who has been employed by Schering-Plough Research Institute and its predecessors

Brevet canadien n° 1341206 (brevet '206)

[8] Le brevet '206, intitulé «Dipeptides de carboxyalkyle, méthodes pour leur production et compositions pharmaceutiques les renfermant», porte sur des composés (des dipeptides de carboxyalkyle) utiles comme inhibiteurs de l'ECA utilisés dans le traitement de l'hypertension. Les revendications du brevet '206 sont larges et couvrent une famille de composés qui comprend le ramipril; cependant, le brevet ne renferme aucun exposé décrivant spécifiquement le composé ramipril. Les revendications pertinentes pour la présente demande sont les suivantes:

- La revendication 1 du brevet '206 vise une famille de dipeptides de carboxyalkyle dont la formule générale comporte trois unités principales, soit a) des noyaux bicycliques; b) une unité alanyl centrale et c) une unité terminale. Elle ne vise pas des composés présentant une stéréochimie spécifique. Lorsque certaines substitutions sont réalisées sur la formule générale, la formule obtenue correspond à celle du ramipril et à ses stéréoisomères (c.-à-d. aux différentes configurations tridimensionnelles que peuvent présenter les molécules organiques).
- La revendication 2 vise également des composés présentant une formule générale précise, mais n'est pas limitée à des stéréoisomères spécifiques. Lorsque certaines substitutions sont réalisées sur cette formule, cette revendication vise le ramipril.
- La revendication 3, pour des raisons semblables, vise le ramipril.
- La revendication 6 vise des composés décrits par une formule générale. Lorsque certaines substitutions sont réalisées sur cette formule, la revendication 6 décrit alors 32 stéréoisomères, dont l'un est le ramipril.
- La formule de la revendication 12 décrit huit stéréoisomères différents, dont l'un est le ramipril.
- La revendication 13 vise le composé ramiprilate, c'est-à-dire le métabolite formé dans l'organisme des personnes qui prennent du ramipril.

[9] M^{me} Elizabeth Smith, travaillant depuis 30 ans pour le Schering-Plough Research Institute et ses

for 30 years, was one of the co-inventors of the invention embodied in the '206 patent. As she stated in her affidavit, "The patent arose out of work . . . which recognized that a number of different compounds with related structures have utility as ACE inhibitors and anti-hypertensives." As she notes, claim 1 of the '206 patent covers, in addition to ramipril, a number of compounds that have been commercialized, including spirapril and, trandolapril. Attached to her affidavit were a report dated June 20, 1980 and lab notes dated August 1, 1980, indicating the work that was being done on this invention at that time. Certain compounds were tested in February 1981. All of this led to a filing in Canada of an application for patent on October 20, 1981.

[10] From the date of filing to the issuance of the '206 patent on March 20, 2001, the road to obtaining a patent on this invention contained a number of major obstacles. Mr. Edward H. Mazer, a patent attorney with Schering-Plough Corporation for the 17 years preceding this application, included, in his affidavit, a chronology of events culminating, after almost 20 years, in the issuance of the '206 patent. The major milestones in this time line are the following:

DATE	EVENT
October 20, 1981	Application filed.
March 1, 1984	First office Action issued.
May 16, 1984	Response to first office Action.
Between 1985 and 1990	Schering filed five requests for status.
May 2, 1990	Second office Action issued.
August 2 and 3, 1990	Schering filed response (August 2) and supplementary (August 3).
December 27, 1990	Third office Action issued.
April 24, 1991	Response to third office Action.

prédécesseurs, est l'un des co-inventeurs de l'invention décrite dans le brevet '206. Comme elle l'a déclaré dans son affidavit, [TRADUCTION] «Le brevet découle de travaux [. . .] au cours desquels il a été reconnu qu'un certain nombre de composés différents possédant une structure apparentée étaient utiles comme inhibiteurs de l'ECA et comme antihypertenseurs». Comme elle le mentionne, la revendication 1 du brevet '206 vise, outre le ramipril, un certain nombre de composés qui ont été commercialisés, dont le spirapril et le trandolapril. Un rapport en date du 20 juin 1980 ainsi que des notes de laboratoire en date du 1^{er} août 1980, indiquant que des travaux portant sur cette invention étaient effectués à cette époque, ont été joints à son affidavit. Certains composés ont fait l'objet d'essais en février 1981. Tout cela a mené au dépôt au Canada d'une demande de brevet le 20 octobre 1981.

[10] À partir du dépôt de la demande jusqu'à la délivrance du brevet '206 le 20 mars 2001, des obstacles majeurs se sont dressés dans le processus menant à l'obtention du brevet visant cette invention. M. Edward H. Mazer, un avocat spécialiste des brevets qui travaillait depuis 17 ans pour Schering-Plough Corporation avant le dépôt de la présente demande, a inclus, dans son affidavit, une chronologie des événements qui ont abouti, après environ 20 ans, à la délivrance du brevet '206. Les principales étapes dans cette série d'événements sont les suivantes:

[TRADUCTION]

DATE	ÉVÉNEMENT
20 octobre 1981	Dépôt de la demande
1 ^{er} mars 1984	Première mesure prise
16 mai 1984	Réponse à la première mesure prise
Entre 1985 et 1990	Schering a déposé cinq demandes concernant l'état de l'affaire
2 mai 1990	Deuxième mesure prise
2 et 3 août 1990	Schering a déposé sa réponse (2 août) et une réponse additionnelle (3 août)
27 décembre 1990	Troisième mesure prise
24 avril 1991	Réponse à la troisième mesure prise

January 21, 1992	Schering filed a sixth request for status.	21 janvier 1992	Schering a présenté une sixième demande concernant l'état de l'affaire
January 22, 1993	Commissioner declared a conflict with 4 other applications (including one by Hoechst, the owner of the now expired '087 patent).	22 janvier 1993	Le commissaire a indiqué qu'il y avait quatre autres demandes concurrentes (dont une présentée par Hoechst, le propriétaire du brevet '087 maintenant expiré)
May 5, 1993	Commissioner reissued conflict notice.	5 mai 1993	Le commissaire a redonné un avis de demandes concurrentes
August 8, 1996	Commissioner declared Schering to be the first to invent all the conflict claims to which it was a party.	8 août 1996	Le commissaire a déclaré que Schering a été la première à inventer les revendications concurrentes auxquelles elle était partie
January 10, 1997	The parties in conflict with Schering filed an appeal.	10 janvier 1997	Les parties ayant présenté des revendications concurrentes avec Schering ont déposé un appel
December 2000	The matter is settled shortly before the trial in Federal Court.	Décembre 2000	Un règlement est intervenu peu de temps avant l'audience devant la Cour fédérale
March 20, 2001	'206 patent issued.	20 mars 2001	Délivrance du brevet '206

[11] While the conflict proceedings placed 13 separate claims in conflict with Schering's patent application, neither the '087 nor the '457 patents were among the claims in conflict.

[11] Alors que dans le cadre de l'instance en conflit de priorité 13 revendications distinctes entraient en conflit avec la demande de brevet de Schering, ni le brevet '087 ni le brevet '457 ne faisaient partie de ces revendications concurrentes.

[12] As discussed below, Pharmascience takes the position that this patent is invalid for double patenting.

[12] Comme nous le verrons plus loin, Pharmascience affirme que ce brevet est invalide pour cause de double brevet.

Canadian Patent 1187087 ('087 patent)

[13] The '087 patent issued May 14, 1985 to Hoechst AG, predecessor to Aventis, from an application filed November 4, 1982. It is entitled "Derivatives of Cis, Endo-2-Azabicyclo- {3.3.0}-Octane-3-Carboxylic Acid, a Process For Their Preparation, Agents Containing These Compounds and Their Use". The '087 patent expired on November 4, 2002.

• Claim 1 of the '087 patent claims a process for the preparation of a compound of formula I and the physiologically acceptable salts thereof.

Brevet canadien n° 1187087 (brevet '087)

[13] Le brevet '087 a été délivré le 14 mai 1985 à Hoechst AG, prédécesseur d'Aventis, à la suite d'une demande déposée le 4 novembre 1982. Ce brevet est intitulé «Dérivés d'acide cis, endo-2-azabicyclo- {3.3.0}-octane-3-carboxylique, préparation, agents renfermant ces composés, et leur utilisation». Le brevet '087 a expiré le 4 novembre 2002.

• La revendication 1 du brevet '087 vise un procédé permettant de préparer un composé correspondant à la formule I et les sels de ce composé acceptables du point de vue physiologique.

- Claim 2 claims the compound of formula I and the physiologically acceptable salts thereof when made according to the process of claim 1 or an obvious chemical equivalent.
- Claims 3 and 4 place limitations on the process and compounds claimed including ramipril.
- Claim 5 claims a process for making only the compound ramipril.
- Claim 6 claims ramipril when made by a process claimed in claim 5 or obvious equivalent.

[14] Both claims 1 and 2 specify that hydrogen atoms attached to the two carbon atoms in the middle of the bicyclic ring are “cis” or on the same side of the ring. In contrast, the claims of the '206 patent place no restriction on the stereospecificity of the hydrogens; stereochemistry being the means by which the locations of atoms or groups of atoms are described.

[15] Dr. Richard Becker, who has been a clinical pharmacologist with Aventis or its predecessors since 1998, is a named inventor on the '087 patent and an affiant in these proceedings. He confirmed that the developmental work by Hoechst (predecessor to Aventis) on ramipril and similar compounds was conducted independently from the work of Schering. During *in vivo* testing, he discovered that ramipril was at least 18 times more potent than the most potent of the structurally analogous comparative test compounds. In his words, ramipril was “markedly more active in inhibiting ACE than any of the other tested stereoisomers of ramipril”; that ramipril was “significantly more potent.” He also confirmed that Hoechst did not make ramipril before April 28, 1981, the latest claimed priority date for the '206 patent.

- La revendication 2 vise un composé correspondant à la formule I et les sels de ce composé acceptables du point de vue physiologique, lorsque ce composé et ces sels sont préparés conformément au procédé décrit dans la revendication 1 ou à un équivalent chimique évident.
- Les revendications 3 et 4 imposent des restrictions au procédé et aux composés revendiqués, y compris le ramipril.
- La revendication 5 vise un procédé permettant uniquement de préparer le composé ramipril.
- La revendication 6 vise le ramipril préparé par un procédé visé par la revendication 5 ou par un procédé équivalent évident.

[14] Les revendications 1 et 2 précisent que les atomes d'hydrogène liés aux deux atomes de carbone au centre du noyau bicyclique sont, l'un par rapport à l'autre, en position «cis», c'est-à-dire du même côté du noyau. Par contre, les revendications du brevet '206 n'imposent aucune restriction sur la stéréospecificité des atomes d'hydrogène; la stéréochimie constituant le moyen par lequel l'orientation spatiale d'atomes ou de groupes d'atome est décrite.

[15] M. Richard Becker, pharmacologiste clinicien depuis 1998 pour Aventis ou pour ses prédécesseurs, est nommé comme inventeur dans le brevet '087 et est l'auteur d'un affidavit dans la présente affaire. Il a confirmé que les travaux de développement réalisés par Hoechst (prédécesseur d'Aventis) sur le ramipril et sur des composés semblables ont été menés indépendamment des travaux effectués par Schering. Lors des essais *in vivo*, il a constaté que le ramipril était au moins 18 fois plus efficace que le plus efficace des composés de structure analogue ayant été soumis à des essais comparatifs. Comme il l'a lui-même indiqué, le ramipril [TRADUCTION] «possédait une activité inhibitrice de l'ECA nettement plus marquée que celle de tous les autres stéréoisomères du ramipril qui avaient été soumis aux essais»; le ramipril était [TRADUCTION] «notablement plus efficace». Il a également confirmé que Hoechst n'a pas fabriqué de ramipril avant le 28 avril 1981, soit la date de priorité la plus récente pour le brevet '206.

[16] Briefly put, the '087 patent is a selection patent of a compound that is also covered by the genus '206 patent. The indicated use for the drug covered by this expired patent is hypertension.

[17] Hoechst and Schering entered into a license agreement, effective December 15, 1986, pursuant to which Aventis, as successor to Hoechst, holds a "worldwide, exclusive license to make, use and/or sell" ramipril. Mr. Edward Mazer, in his affidavit, stated that Hoechst obtained a licence from Schering as a result of a dispute between the parties.

[18] Since this patent has expired, there is no question in these proceedings of infringement of the '087 patent. The '087 patent is, however, brought into play because of the allegation of double patenting. Pharmascience is arguing that Aventis, in opposing the issuance of a NOC to Pharmascience, is seeking to extend its monopoly on ramipril beyond the expiry of the '087 patent by claiming infringement of its '457 patent.

Canadian Patent 1246457 ('457 patent)

[19] The final patent involved in this application is the '457 patent entitled "Method of Treating Cardiac Insufficiency." Application was filed for the patent on April 10, 1985 and the patent was issued to Aventis on December 13, 1988. This patent relates to the use of ACE inhibitors, including ramipril, for treating cardiac insufficiency.

- Claim 1 claims pharmaceutical compositions for treating cardiac insufficiency, containing a compound of the genus of ACE inhibitor compounds described in claim 1, which includes ramipril.
- Claim 8 specifically claims a composition containing ramipril or pharmaceutically acceptable salts thereof for the treatment of cardiac insufficiency.

[16] En résumé, le brevet '087 est un brevet de sélection visant un composé également visé par le brevet '206 qui est un brevet de genre. Ce brevet, qui est expiré, visait un médicament destiné à être utilisé dans le traitement de l'hypertension.

[17] Hoechst et Schering ont conclu un contrat de licence qui est entré en vigueur le 15 décembre 1986 et en vertu duquel Aventis, successeur de Hoechst, détient [TRADUCTION] «des droits exclusifs à l'échelle mondiale en matière de fabrication, d'utilisation et/ou de vente» du ramipril. Dans son affidavit, M. Edward Mazer a déclaré que Hoechst a obtenu une licence de Schering à la suite d'un différend entre les deux parties.

[18] Comme ce brevet est expiré, il n'est nullement question en l'espèce de contrefaçon du brevet '087. Toutefois, le brevet '087 est en cause en raison de l'allégation de double brevet. Pharmascience fait valoir qu'en s'opposant à la délivrance d'un avis de conformité à Pharmascience, Aventis cherche à prolonger son monopole sur le ramipril au-delà de la date d'expiration du brevet '087, en soutenant qu'il y a contrefaçon du brevet '457.

Brevet canadien n° 1246457 (brevet '457)

[19] Le dernier brevet dont il est question dans la présente demande est le brevet '457, qui est intitulé «Méthode de traitement de l'insuffisance cardiaque». La demande de brevet a été déposée le 10 avril 1985 et le brevet a été délivré à Aventis le 13 décembre 1988. Ce brevet porte sur l'utilisation d'inhibiteurs de l'ECA, y compris le ramipril, dans le traitement de l'insuffisance cardiaque.

- La revendication 1 vise des compositions pharmaceutiques destinées à être utilisées dans le traitement de l'insuffisance cardiaque, qui contiennent un composé appartenant à la famille des composés inhibiteurs de l'ECA décrits dans la revendication 1, y compris le ramipril.
- La revendication 8 vise spécifiquement une composition contenant du ramipril ou des sels de ramipril acceptables du point de vue pharmaceutique destinés à être utilisés dans le traitement de l'insuffisance cardiaque.

[20] The term cardiac insufficiency describes heart failure. Cardiac insufficiency is a distinct therapeutic indication from hypertension. As pointed out by Dr. Becker, "It would not be expected that ramipril, which is useful for the treatment of hypertension, would also be useful for the treatment of heart failure." Further, he stated that "[a] skilled person reading either the '206 or the '087 patents would not have been led to the conclusion that the compounds of the '457 patent would be useful in the treatment of heart failure."

[21] As discussed below, Pharmascience submits that the sale of its generic ramipril will not infringe this patent since it will be marketed solely for the treatment of hypertension and not cardiac insufficiency.

THE RELEVANT PATENT LAWS

[22] Since the critical issue in this proceeding deals with the priority of patents, it is important to understand the statutory framework that applies to the dates of the relevant patents.

[23] The '206 patent issued from an application filed before October 1, 1989. Accordingly, the patent is, for most purposes, governed by the pre-1989 *Patent Act* [R.S.C., 1985, c. P-4] (the "Act") as it read immediately before the October 1, 1989 amendments. Paragraph 27(1)(a) of the Act provided that:

27. (1) Subject to this section, any inventor or legal representative of an inventor of an invention that was

(a) not known or used by any other person before he invented it,

...

may, on presentation to the Commissioner of a petition setting out the facts, in this Act termed the filing of the application, and on compliance with all other requirements of this Act, obtain a patent granting to him an exclusive property in the invention.

[20] L'expression «insuffisance» cardiaque désigne une défaillance cardiaque. L'insuffisance cardiaque est une indication thérapeutique distincte de l'hypertension. Comme l'a souligné M. Becker, [TRADUCTION] «On ne s'attendrait pas à ce que le ramipril, qui est utile dans le traitement de l'hypertension, le soit également dans le traitement d'une défaillance cardiaque». Il a de plus ajouté qu'[TRADUCTION] «[u]ne personne versée dans le domaine qui a lu les brevets '206 ou '087 n'aurait pas été amenée à conclure que les composés du brevet '457 seraient utiles dans le traitement d'une défaillance cardiaque».

[21] Comme nous le verrons plus loin, Pharmascience prétend que la vente de son ramipril générique ne contrefera pas le brevet parce que ce produit ne sera commercialisé que pour le traitement de l'hypertension et non pour celui de l'insuffisance cardiaque.

LES LOIS SUR LES BREVETS PERTINENTES

[22] Comme la question cruciale en l'espèce concerne la priorité des brevets, il est important de bien comprendre le cadre législatif qui était applicable aux dates auxquelles les brevets pertinents ont été délivrés.

[23] La demande pour le brevet '206 a été déposée avant le 1^{er} octobre 1989. C'est pourquoi le brevet est de façon générale régi par la *Loi sur les brevets* [L.R.C. (1985), ch. P-4] (la Loi) dans sa version antérieure aux modifications apportées le 1^{er} octobre 1989. L'alinéa 27(1)a) de la Loi prévoyait:

27. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, l'auteur de toute invention ou le représentant légal de l'auteur d'une invention peut, sur présentation au commissaire d'une pétition exposant les faits, appelée dans la présente loi le «dépôt de la demande», et en se conformant à toutes les autres prescriptions de la présente loi, obtenir un brevet qui lui accorde l'exclusive propriété d'une invention qui n'était pas:

a) connue ou utilisée par une autre personne avant que lui-même l'ait faite;

[24] When pending applications contain one or more claims defining substantially the same invention or one or more claims of one application describe the invention disclosed in another application, section 43 of the Act provided a conflict procedure to determine which of the applicants is the prior inventor to whom the Commissioner will allow the claims. Pursuant to the scheme outlined in the Act, no patent could be issued until the conflict proceedings were resolved. The '206 patent, caught under this scheme, was filed October 20, 1981 but did not issue until March 20, 2001, almost 20 years later when the conflict proceedings concluded. In circumstances such as those encountered here, there is no provision for "back dating" the patent or for shortening the term of the patent. Accordingly, the patent issued and became effective on March 20, 2001 for 17 years from that date.

[25] It is interesting to note that, had the application for the Schering patent been made after the October 1, 1989 amendments, the situation would have been far different. Under the present legislative scheme, conflicts are decided on the basis of who filed first. Thus, if the current scheme had been in place when Schering had filed its application, the '206 patent would have issued on October 21, 1981 and the protection of that patent would have expired by now.

[26] With this background, I turn to an analysis of the issues in these proceedings.

ISSUE No. 1: ADEQUACY OF NOTICE OF ALLEGATION

[27] Aventis submits that the NOA of Pharmascience is deficient and is not a notice of allegation and detailed statement contemplated by the Regulations. The company bases this submission on three arguments:

- Pharmascience has stated only that it is not seeking approval for the treatment of cardiac insufficiency (which would be an infringement of the '457 patent), but failed to make any mention in its NOA of how

[24] Lorsque des demandes pendantes contiennent une ou plusieurs revendications définissant essentiellement la même invention ou lorsque l'une ou plusieurs des revendications d'une demande décrivent une invention dévoilée dans une autre demande, l'article 43 de la Loi prévoyait la procédure applicable en cas de conflit pour déterminer lequel des demandeurs était l'inventeur préalable aux revendications duquel le commissaire ferait droit. En vertu du régime établi par la Loi, aucun brevet ne pouvait être délivré tant que le conflit n'était pas réglé. Le brevet '206, auquel s'applique ce régime, a été déposé le 20 octobre 1981 mais n'a pas été délivré avant le 20 mars 2001, soit environ 20 ans plus tard lorsque l'instance en conflit de priorité a pris fin. Dans des circonstances comme celles dont il est question en l'espèce, il n'existe aucune disposition prévoyant l'enregistrement rétroactif du brevet ou l'abrégement de sa durée. Par conséquent, le brevet a été délivré et est devenu en vigueur le 20 mars 2001 pour une période de 17 ans à compter de cette date.

[25] Il est intéressant de souligner que si la demande concernant le brevet de Schering avait été présentée après les modifications apportées à la Loi le 1^{er} octobre 1989, la situation aurait été très différente. En vertu de l'actuel régime législatif, les conflits de priorité sont réglés en fonction de la date du dépôt. Ainsi, si le régime actuel s'était appliqué lorsque Schering a déposé sa demande, le brevet '206 aurait été délivré le 21 octobre 1981 et la protection conférée par ce brevet serait maintenant échu.

[26] C'est dans ce contexte que je vais maintenant analyser les questions en litige dans la présente affaire.

QUESTION n° 1: SUFFISANCE DE L'AVIS D'ALLÉGATION

[27] Aventis prétend que l'avis d'allégation de Pharmascience est insuffisant et qu'il ne constitue pas un avis d'allégation et un énoncé détaillé au sens du Règlement. Elle appuie sa prétention sur trois arguments:

- Pharmascience s'est contentée d'affirmer qu'elle ne demande pas l'approbation en vue du traitement de l'insuffisance cardiaque (ce qui constituerait une contrefaçon du brevet '457) et a omis d'indiquer dans

it would achieve that assertion.

- Pharmascience fails to provide any legal or factual basis that demonstrates that the claims 1, 2, 3, 6 and 12 of the '206 patent are invalid for double patenting.

- Ramiprilate, which is covered by claim 13 of the '206 patent, is an active metabolite that is produced when ramipril is administered to patients. Pharmascience has not provided facts in its NOA that would justify its allegations that claim 13 is not infringed.

[28] I will consider each in turn.

General

[29] Subsection 5(1) of the Regulations establishes the legal basis for a notice of allegation as follows:

5. (1) Where a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug and compares that drug with, or makes reference to, another drug for the purpose of demonstrating bioequivalence on the basis of pharmaceutical and, where applicable, bioavailability characteristics and that other drug has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent on the register in respect of the other drug,

(a) state that the person accepts that the notice of compliance will not issue until the patent expires; or

(b) allege that

(i) the statement made by the first person pursuant to paragraph 4(2)(c) is false,

(ii) the patent has expired,

(iii) the patent is not valid, or

(iv) no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by the making, constructing, using or selling by that person of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed.

[30] What is the purpose of a notice of allegation? As described by Justice Stone in *AB Hassle v. Canada*

son avis d'allégation comment elle donnerait suite à cette affirmation.

- Pharmascience n'a pas fourni un énoncé détaillé du droit et des faits qui démontre que les revendications 1, 2, 3, 6 et 12 du brevet '206 sont invalides pour cause de double brevet.

- Le ramiprilate, qui est visé par la revendication 13 du brevet '206, est un métabolite actif qui est obtenu lorsque le ramipril est administré à des patients. Pharmascience n'a pas énoncé dans son avis d'allégation des faits qui justifieraient son allégation que la revendication 13 n'est pas contrefaite.

[28] Je vais examiner ces arguments l'un après l'autre.

Remarques générales

[29] Le paragraphe 5(1) du Règlement établit le fondement juridique de l'avis d'allégation:

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 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.

[30] Quel est le rôle de l'avis d'allégation? Selon le juge Stone, J.C.A., dans l'arrêt *AB Hassle c. Canada*

(*Minister of National Health and Welfare*) (2000), 7 C.P.R. (4th) 272 (F.C.A.), at paragraphs 16-17, the NOA is provided so that the patentee may decide whether to commence an application under the Regulations to prevent the issuance of an NOC. The NOA, therefore, must be sufficiently detailed to make the patentee fully aware of the grounds upon which the second person (here Pharmascience) claims that there will be no infringement.

[31] The second party, for example, cannot ignore patent claims that describe the basic invention; each of the relevant claims must be referenced in either the NOA itself or the detailed statement that accompanies the NOA (*AB Hassle v. Genpharm Inc.* (2003), 243 F.T.R. 6 (F.C.), at paragraph 189).

[32] As I stated in *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.* (2004), 31 C.P.R. (4th) 214 (F.C.), at paragraph 32:

In assessing the adequacy of the NOA, the following guidance can be taken from a number of decisions of the Federal Court of Appeal, including *Bayer AG v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1993), 51 C.P.R. (3d) 329 (F.C.A.); *Glaxo Group Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2000), 6 C.P.R. (4th) 73 (F.C.T.D.), at 81, affirmed (2001), 11 C.P.R. (4th) 417 (F.C.A.):

A bald assertion of non-infringement is insufficient.

It is permissible for the second person to withhold certain information regarding its formulation until subsequent to a confidentiality order being in place.

The NOA will be adequate if further disclosure elaborates on the basis for which the allegation of non-infringement was made such that there is sufficient evidence upon which to evaluate the allegation.

Failure to set out the basis upon which marketing would not include marketing for the treatment of cardiac insufficiency.

[33] As noted, Pharmascience stated in its NOA that its ramipril “will not be made, constructed, used or sold by Pharmascience for treating cardiac insufficiency and will not be a composition for treating cardiac

(*Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social*) (2000), 7 C.P.R. (4th) 272 (C.A.F.), aux paragraphes 16 et 17, l’avis d’allégation est produit afin de permettre au breveté de décider s’il y a lieu de présenter une demande en vertu du Règlement pour empêcher la délivrance d’un avis de conformité. Par conséquent, l’avis d’allégation doit être suffisamment détaillé pour que le breveté soit pleinement informé des motifs pour lesquels la seconde personne (en l’espèce, Pharmascience) prétend qu’il n’y aura pas lieu à contrefaçon.

[31] La seconde personne, par exemple, ne peut pas passer sous silence les revendications qui décrivent l’invention fondamentale; chacune des revendications pertinentes doit être mentionnée soit dans l’avis d’allégation lui-même soit dans l’énoncé détaillé qui l’accompagne (*AB Hassle c. Genpharm Inc.* (2003), 243 F.T.R. 6 (C.F.), au paragraphe 189).

[32] Comme je l’ai dit dans *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.* (2004), 31 C.P.R. (4th) 214 (C.F.), au paragraphe 32 [2003 CF 1428]:

Pour évaluer le caractère suffisant de l’avis d’allégation, on peut se servir des indications suivantes tirées de nombreux arrêts de la Cour d’appel fédérale, dont *Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, 51 C.P.R. (3d) 329 (C.A.F.); *Glaxo Group Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (2000), 6 C.P.R. (4th) 73, p. 81 (C.F. 1^{re} inst.), conf. par (2001) 11 C.P.R. (4th) 417 (C.A.F.):

Une simple affirmation de non-contrefaçon ne suffit pas.

Il est loisible à la seconde personne de retenir certains renseignements concernant sa formulation tant qu’une ordonnance de confidentialité n’est pas prononcée.

L’avis d’allégation sera suffisant si d’autres détails sont donnés pour expliquer les raisons pour lesquelles l’allégation de non-contrefaçon constituait une preuve suffisante pour permettre à la Cour d’évaluer l’allégation.

Omission d’indiquer en quoi la commercialisation ne viserait pas le traitement de l’insuffisance cardiaque

[33] Comme nous l’avons indiqué précédemment, Pharmascience a dit dans son avis d’allégation que le ramipril «ne sera pas fabriqué, utilisé ou vendu par Pharmascience pour le traitement de l’insuffisance

insufficiency as claimed in the claims of the '457 patent. "Neither the NOA nor the detailed statement that accompanied the notice contain any other reference to this allegation. Aventis submits that Pharmascience was required to disclose how it would restrict its marketing of ramipril to the treatment of hypertension.

[34] The medicine that Pharmascience intends to produce will be bioequivalent to and identical in appearance to the "Altace" that is the subject of the expired '087 patent and the extant '457 patent. There can be no dispute that the Pharmascience product would provide a therapeutic effect equivalent to "Altace", whether the drug is used to treat cardiac insufficiency (the '457 patent) or hypertension (the '087 patent).

[35] It was not until Aventis was presented with the affidavits of Ms. Jeannette Echenberg, Director of Regulatory Affairs for Pharmascience, and of Mr. Ronald Nefsky, a licensed pharmacist in Ontario, that Aventis was able to determine what steps Pharmascience intended to take to limit its marketing of ramipril. Mr. Nefsky was asked by Pharmascience to:

... explain what I would do and in my professional opinion, what should happen if an Ontario pharmacist is presented with a prescription for Ramipril which does not specify the condition being treated, in circumstances where Pharmascience has obtained an NOC for use of Ramipril to treat hypertension only and consequently has only sought and obtained a listing on the Ontario Drug Benefit Formulary/Comparative Drug Index ("the DBF/CDI or Formulary") where interchangeability is limited to hypertension.

[36] Simply stated, Mr. Nefsky was asked to provide his opinion based on the assumption of a limited interchangeability listing on the Ontario formulary, a fact that was not disclosed in the NOA. Ms. Echenberg described how Pharmascience would apply for a limited formulary listing. Thus, it appears that Pharmascience can only avoid infringement of the '457

cardiaque et ne constituera pas une composition servant au traitement de l'insuffisance cardiaque, tel qu'il est allégué dans les revendications du brevet '457». Ni l'avis d'allégation ni l'énoncé détaillé joint à l'avis ne comporte d'autres mentions se rapportant à cette allégation. Aventis soutient que Pharmascience était tenue d'indiquer comment elle limiterait sa commercialisation du ramipril au traitement de l'hypertension.

[34] Le médicament que Pharmascience a l'intention de produire se présentera sous la même apparence que l'«Altace» visé par le brevet '087 qui est expiré et par le brevet '457 qui est toujours en vigueur, et il sera bioéquivalent à ce produit. On ne saurait nier que le produit de Pharmascience aura un effet thérapeutique équivalent à celui de l'«Altace», qu'il soit utilisé pour le traitement de l'insuffisance cardiaque (le brevet '457) ou de l'hypertension (le brevet '087).

[35] Ce n'est que lorsqu'on lui a soumis les affidavits de M^{me} Jeannette Echenberg, directrice des affaires réglementaires pour Pharmascience, et de M. Ronald Nefsky, pharmacien détenteur d'un permis de l'Ontario, qu'Aventis a pu déterminer quelles mesures Pharmascience avait l'intention de prendre pour limiter sa commercialisation du ramipril. Pharmascience a demandé à M. Nefsky:

[TRADUCTION] [...] d'expliquer ce que je ferais et, d'un point de vue professionnel, ce qui devrait se produire si un pharmacien de l'Ontario se voyait remettre une ordonnance pour du ramipril ne précisant pas la maladie traitée dans un cas où Pharmascience a obtenu un avis de conformité visant l'utilisation du ramipril pour le traitement de l'hypertension seulement et, par conséquent, a demandé et obtenu une inscription au Formulaire/Index comparatif des médicaments du Programme de médicaments de l'Ontario (le formulaire ou l'index) qui prévoit que l'interchangeabilité se limite à l'hypertension.

[36] En somme, on a demandé à M. Nefsky de donner son avis en prenant pour hypothèse que l'inscription au formulaire de l'Ontario prévoyait une interchangeabilité limitée, un fait qui n'a pas été divulgué dans l'avis d'allégation. M^{me} Echenberg a indiqué comment Pharmascience présenterait une demande d'inscription limitée. Il semble donc que Pharmascience ne peut éviter

patent by taking active steps to limit marketing. These active steps ought to have been disclosed in the NOA.

[37] In my view, Pharmascience's allegation in this respect amounts to a "bald assertion of non-infringement." The subsequent evidence regarding the limited listing went far beyond evidence that "elaborates on the basis for which the allegation of non-infringement was made." This is because, absent the subsequent affidavits and information, there was nothing whatsoever in the NOA that would enable Aventis to understand why a pill that looks and acts identically to its patented cardiac insufficiency medicine would not be used for such purpose.

Failure to provide any legal or factual basis that demonstrates that the claims 1, 2, 3, 6 and 12 of the '206 patent are invalid for double patenting

[38] On the issue of the '206 patent and double patenting, Pharmascience asserts, in its NOA, that claims 1, 2, 3, 6, and 12, which cover ramipril are invalid "on the basis that they cover subject matter that is not patently distinct from subject matter covered by claims of the ['087 and '457 patents]." Aventis argues that the NOA is inadequate on this issue, even when taking the detailed statement into consideration. I do not agree.

[39] In the detailed statement that accompanied the NOA, Pharmascience describes, at some length, the basis upon which it makes this allegation of invalidity. It sets out its view of the facts related to the issuance of the relevant patents and its assessment of the law on double patenting. From this information, Aventis was able to put together affidavit evidence and legal argument that addressed this predominantly legal issue. I cannot conclude that Aventis was not fully aware of the grounds that Pharmascience was putting forward for its allegation of invalidity.

la contrefaçon du brevet '457 qu'en prenant des mesures concrètes pour limiter la commercialisation. Ces mesures auraient dû être divulguées dans l'avis d'allégation.

[37] J'estime que l'allégation de Pharmascience à cet égard est assimilable à une «simple affirmation de non-contrefaçon». La preuve ultérieure concernant l'inscription limitée allait beaucoup plus loin qu'une preuve fournie pour «expliquer les raisons pour lesquelles l'allégation de non-contrefaçon constituait une preuve suffisante». Il en est ainsi parce que, sans les affidavits et les renseignements fournis postérieurement, rien dans l'avis d'allégation ne permettait à Aventis de comprendre pourquoi une pilule qui ressemble à son médicament breveté servant au traitement de l'insuffisance cardiaque et qui a les mêmes effets ne serait pas utilisée à cette fin.

Omission de fournir un énoncé du droit et des faits qui démontre que les revendications 1, 2, 3, 6 et 12 du brevet '206 sont invalides pour cause de double brevet

[38] En ce qui concerne le brevet '206 et la question du double brevet, Pharmascience affirme, dans son avis d'allégation, que les revendications 1, 2, 3, 6 et 12, qui visent le ramipril sont invalides [TRADUCTION] «parce qu'elles ne visent pas un élément brevetable distinct de celui visé par les revendications [des brevets '087 et '457]». Aventis prétend que l'avis d'allégation est insuffisant à cet égard, même lorsque l'on tient compte de l'énoncé détaillé. Je ne suis pas d'accord avec cette prétention.

[39] Dans l'énoncé détaillé qui est joint à l'avis d'allégation, Pharmascience décrit assez longuement les raisons pour lesquelles elle allègue l'invalidité. Elle expose son interprétation des faits liés à la délivrance des brevets pertinents ainsi que son appréciation des règles de droit applicables en cas de double brevet. À partir de ces informations, Aventis a été en mesure de rassembler une preuve par affidavits ainsi que des arguments juridiques lui permettant de répondre à cette question éminemment juridique. Je ne peux pas conclure qu'Aventis ne connaissait pas à fond les motifs invoqués par Pharmascience pour étayer son allégation d'invalidité.

Failure to address claim 13

[40] The NOA must address each and every patent claim describing the basic invention. In this case, it is obvious that Pharmascience was required to address all of the claims of the three patents that cover ramipril. That was done. Aventis argues that Pharmascience should also have addressed claim 13 of the '206 patent.

[41] There is no dispute that ramipril metabolizes to ramiprilat when administered to patients. As indicated in Pharmascience's Product Monograph, ramipril is rapidly hydrolyzed to ramiprilat upon being swallowed. Ramiprilat is covered in claim 13 of the '206 patent. In its NOA, Pharmascience states that it will not infringe claim 13. Aventis submits that, because of the transformation of ramipril after being administered, Pharmascience's allegation of non-infringement of claim 13 is not justified.

[42] To find that the allegation is not justified with respect to claim 13, I would have to conclude that Pharmascience was required to address not only the compound ramipril but any metabolite of ramipril. A plain reading of the Regulations does not support this conclusion. Pursuant to subparagraph 5(1)(b)(iv) of the Regulations, the second person need only address issues of infringement of claims for the medicine. In this case, the medicine is ramipril and not ramiprilat. Thus, in my view, what happens to ramipril once it is ingested is irrelevant to the determination of the adequacy of the NOA.

Conclusion

[43] Since Pharmascience's NOA failed to assert adequate facts to justify the allegation that the marketing of its product will not infringe the '457 patent, I conclude that the NOA is not a notice of allegation and detailed statement as contemplated by the Regulations. On this basis, the application of Aventis should succeed. However, in the event that I am wrong on this issue, I will continue with an analysis

Omission d'examiner la revendication 13

[40] L'avis d'allégation doit viser toutes les revendications du brevet dans lesquelles est décrit l'essentiel de l'invention. En l'espèce, il est évident que Pharmascience devait viser chacune des revendications des trois brevets qui concernent le ramipril. Elle l'a fait. Aventis soutient que Pharmascience aurait dû également tenir compte de la revendication 13 du brevet '206.

[41] Nul ne conteste le fait que le ramipril, après administration à des malades, est métabolisé en ramiprilate. Comme l'indique la monographie de produit de Pharmascience, le ramipril est rapidement hydrolysé en ramiprilate après absorption par voie buccale. Le ramiprilate est visé par la revendication 13 du brevet '206. Dans son avis d'allégation, Pharmascience déclare qu'il n'y aura pas contrefaçon de la revendication 13. Aventis soutient, qu'étant donné la transformation que subit le ramipril après avoir été administré, l'absence de contrefaçon de la revendication 13, alléguée par Pharmascience, n'est pas fondée.

[42] Pour statuer que l'allégation n'est pas fondée en ce qui concerne la revendication 13, j'aurais dû conclure que Pharmascience était tenue non seulement de viser le composé de ramipril mais aussi tout métabolite du ramipril. La simple lecture du Règlement ne permet pas de tirer une telle conclusion. Suivant le sous-alinéa 5(1)(b)(iv) du Règlement, la seconde personne n'a qu'à examiner les questions de contrefaçon des revendications pour le médicament. En l'espèce, le médicament en cause est le ramipril et non le ramiprilate. C'est pourquoi j'estime que ce qui arrive au ramipril après ingestion n'est pas pertinent pour déterminer la suffisance de l'avis d'allégation.

Conclusion

[43] Comme l'avis d'allégation de Pharmascience n'expose pas des faits permettant de justifier l'allégation selon laquelle la commercialisation de son produit ne contrefera pas le brevet '457, je conclus que ledit avis n'est pas un avis d'allégation et un énoncé détaillé au sens du Règlement. À cet égard, la demande d'Aventis devrait être accueillie. Toutefois, dans l'hypothèse où j'aurais tort de tirer une telle conclusion, je vais

of the double patenting allegation.

ISSUE No. 2: DOUBLE PATENTING

[44] As Justice Binnie for the Supreme Court of Canada stated in *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 S.C.R. 153, at paragraph 37, “The patent monopoly should be purchased with the hard coinage of new, ingenious, useful and unobvious disclosures.” Thus, a monopoly should not be granted, nor should previous inventions be “evergreened”, by the expedient of obvious or uninventive additions (*Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067, at paragraph 37 (referred to as *Camco*)).

[45] Pharmascience argues that this case is simply a question of evergreening; that Aventis is trying, through the back door, to extend its expired patent for ramipril. The rule against double patenting prevents this. Simply by filing this application, Aventis has automatically obtained, in effect, a two-year extension of its '087 patent that expired on November 4, 2002. Now that the '087 patent has expired, the patentee should not be entitled, through another related patent, to extend its monopoly.

[46] That is certainly one side of the equation. However, upon considering all of the possibly relevant patents, it may be that the effect of a decision of this Court is that an expired patent appears to maintain a continued monopoly. This should not be viewed as evergreening; it is simply a recognition that patents, other than the expired patent, continue and that the rights of those patent holders must be recognized. The continued monopoly applies, as it properly should, to the valid and subsisting patent until its expiry. Such is the situation involving genus and selection patents to be discussed further below.

What does *Camco* teach us about double patenting?

[47] Both parties referred extensively to the comments of Justice Binnie in *Camco*. In *Camco*, Justice Binnie

maintenant analyser l'allégation concernant le double brevet.

QUESTION n° 2: DOUBLE BREVET

[44] Comme l'a dit le juge Binnie au nom de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 R.C.S. 153, au paragraphe 37, «[l]e monopole conféré par un brevet ne devrait s'acquérir qu'au prix de divulgations nouvelles, ingénieuses, utiles et non évidentes». Ainsi, un monopole ne devrait pas être conféré ni des inventions antérieures être «renouvelées à perpétuité» grâce à des ajouts évidents ou non inventifs (*Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, au paragraphe 37 (ci-après *Camco*)).

[45] Pharmascience soutient qu'il s'agit en l'espèce d'une simple question de renouvellement à perpétuité, qu'Aventis tente, par un moyen détourné, de prolonger son brevet expiré en ce qui concerne le ramipril. La règle interdisant le double brevet empêche de le faire. En effet, en déposant tout simplement la présente demande, Aventis a automatiquement obtenu une prolongation de deux ans de son brevet '087 qui a expiré le 4 novembre 2002. Maintenant que le brevet '087 est expiré, la brevetée ne devrait pas avoir le droit, grâce à un brevet connexe, de prolonger son monopole.

[46] Il s'agit certes là de l'un des aspects de la question. Cependant, une fois examinés tous les brevets pertinents possibles, il se peut que, par suite d'une décision de notre Cour, un brevet expiré semble entraîner le maintien d'un monopole. On ne devrait pas considérer qu'il s'agit d'un renouvellement à perpétuité; on reconnaît simplement que des brevets, autres que le brevet expiré, sont encore en vigueur et que les droits des titulaires de ces brevets doivent être reconnus. Le monopole s'applique, comme il le devrait, au brevet en vigueur jusqu'à son expiration. Telle est la situation pour les brevets de genre et les brevets de sélection qui seront examinés plus loin.

Que nous enseigne l'arrêt *Camco* au sujet du double brevet?

[47] Les deux parties ont longuement fait état des commentaires du juge Binnie dans l'arrêt *Camco*. Dans

discussed the law related to double patenting. Commencing at paragraph 63, he stated that the prohibition against double patenting relates to the “evergreen” problem, adding:

The inventor is only entitled to “a” patent for each invention: *Patent Act*, s. 36(1). If a subsequent patent issues with identical claims, there is an improper extension of the monopoly. It is clear that the prohibition against double patenting involves a comparison of the claims rather than the disclosure, because it is the claims that define the monopoly. The question is how “identical” the claims must be in the subsequent patent to justify invalidation.

[48] Justice Binnie outlined two types of double patenting. The first type, where the claims are “identical or conterminous”, is discussed in the Federal Court of Appeal decision in *Beecham Canada Ltd. et al. v. Procter & Gamble Co.* (1982), 61 C.P.R. (2d) 1, at page 22. He referred to this as “same invention” double patenting.

[49] Just as in *Camco*, it cannot be said that the claims of the '206 patent are “identical or conterminous” with those of the '087 or '457 patents. The '206 patent is a genus patent that covers a huge number of compounds, while the '087 patent covering ramipril was a selection patent covering only a portion or a selection of the chemicals claimed in the genus patent. The '457 patent is a use patent, specifically claiming ramipril in the treatment of cardiac insufficiency. The issue before me is not one of “same invention” double patenting.

[50] The second type of double patenting discussed by Justice Binnie is the “obviousness” double patenting. On this type of double patenting, Justice Binnie had the following to say, at paragraphs 66-67:

There is, however, a second branch of the prohibition which is sometimes called “obviousness” double patenting. This is a more flexible and less literal test that prohibits the issuance of a second patent with claims that are not “patentably distinct” from those of the earlier patent. In *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] S.C.R. 49, the issue was whether Farbwerke Hoechst could obtain a patent for a

cet arrêt, le juge Binnie a analysé les règles de droit applicables au double brevet. À partir du paragraphe 63, il a dit que l'interdiction du double brevet est rattachée au problème du «renouvellement à perpétuité»; il a ajouté:

L'inventeur n'a droit qu'à «un» brevet pour chaque invention: *Loi sur les brevets*, par. 36(1). Si un brevet comportant des revendications identiques est délivré ultérieurement, il y a prolongement irrégulier du monopole. Il est clair que l'interdiction du double brevet implique une comparaison des revendications plutôt que des divulgations, car ce sont les revendications qui définissent le monopole. La question est de savoir à quel point les revendications du brevet ultérieur doivent être «identiques» pour justifier l'invalidation.

[48] Le juge Binnie a expliqué les deux catégories de double brevet. La première catégorie, où il y a «identité» des revendications, a été examinée par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Beecham Canada Ltd. et al. c. Procter & Gamble Co.* (1982), 61 C.P.R. (2d) 1, à la page 22. Le juge a dit qu'il s'agissait du double brevet relatif à la «même invention».

[49] Comme dans l'arrêt *Camco*, on ne peut pas dire qu'il y a «identité» entre les revendications du brevet '206 et celles des brevets '087 ou '457. Le brevet '206 est un brevet de genre qui vise un très grand nombre de composés tandis que le brevet '087 visant le ramipril était un brevet de sélection ne visant qu'une partie ou une sélection des produits chimiques revendiqués dans le brevet de genre. Le brevet '457 est un brevet d'utilisation, revendiquant expressément le ramipril dans le traitement de l'insuffisance cardiaque. La question dont j'ai été saisie ne concerne pas un double brevet relatif à la «même invention».

[50] La deuxième catégorie de double brevet examinée par le juge Binnie est celle du double brevet relatif à une «évidence». Au sujet de cette catégorie de double brevet, le juge Binnie a dit ce qui suit aux paragraphes 66 et 67:

L'interdiction comporte toutefois un deuxième volet qui est parfois appelé le double brevet relatif à une «évidence». Il s'agit d'un critère plus souple et moins littéral qui interdit la délivrance d'un deuxième brevet dont les revendications ne visent pas un «élément brevetable distinct» de celui visé par les revendications du brevet antérieur. Dans *Commissioner of Patents c. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] R.C.S. 49, la question était

medicine that was a diluted version of a medicine for which it had already obtained a patent. The claims were neither identical nor conterminous. Judson J. nevertheless held the subsequent patent to be invalid, explaining at p. 53:

A person is entitled to a patent for a new, useful and inventive medicinal substance but to dilute that new substance once its medical uses are established does not result in further invention. The diluted and undiluted substance are but two aspects of exactly the same invention. In this case, the addition of an inert carrier, which is a common expedient to increase bulk, and so facilitate measurement and administration, is nothing more than dilution and does not result in a further invention over and above that of the medicinal itself. [Emphasis added.]

In *Consolboard, supra*, Dickson J. referred to Farbwerke Hoechst as “the main authority on double patenting” (p. 536) which stood for the proposition that a second patent could not be justified unless the claims exhibited “novelty or ingenuity” over the first patent:

Judson J. for the Court said that the second process involved no novelty or ingenuity, and hence the second patent was unwarranted.

[51] This second type of double patenting is what is in issue in these proceedings.

Can obviousness double patenting apply where the inventors or patentees are different?

[52] Aventis and Schering submit that obviousness double patenting cannot apply where there are different inventors. Aventis argues that the words of Justice Binnie, in *Camco*, at paragraph 63, where he states that “[t]he inventor is only entitled to ‘a’ patent for each invention”, are a clear indication that the concept of double patenting can only arise where you have the same inventor. Here, Dr. Smith and her team are the named inventors of the ‘206 patent and Dr. Becker and his group were the inventors on the ‘087 patent. Further, Aventis points out that the patentees are different in this case.

[53] There is no Canadian jurisprudence that is directly on point to assist me in determining whether

de savoir si Farbwerke Hoechst pouvait obtenir un brevet pour un médicament qui constituait une version diluée d’un autre médicament qu’elle avait déjà fait breveter. Il n’y avait pas d’identité des revendications. Le juge Judson a néanmoins conclu à l’invalidité du brevet ultérieur en expliquant, à la p. 53:

[TRADUCTION] Une personne a droit à un brevet pour une substance médicinale nouvelle, utile et inventive; toutefois, le fait de diluer cette nouvelle substance une fois que ses usages médicaux sont déterminés ne crée pas une nouvelle invention. La substance diluée et la substance non diluée ne sont que deux aspects de la même invention. En l’espèce, l’addition d’un véhicule inerte, qui constitue un moyen courant d’augmenter le volume et de faciliter ainsi les mesures et l’administration, n’est rien d’autre que de la dilution et ne crée pas une nouvelle invention. [Je souligne.]

Dans l’arrêt *Consolboard*, précité, le juge Dickson a qualifié l’arrêt *Farbwerke Hoechst* d’«arrêt qui fait autorité en matière de double brevet» (p. 536) et qui appuie la proposition selon laquelle un second brevet ne saurait être justifié que si les revendications font preuve «de nouveauté ou d’ingéniosité» par rapport au premier brevet:

Le juge Judson a dit, au nom de la Cour, que le second procédé ne comportait pas de nouveauté ou d’ingéniosité et qu’en conséquence le second brevet n’était pas justifié.

[51] C’est de cette deuxième catégorie de double brevet dont il est question en l’espèce.

Le concept du double brevet relatif à une évidence peut-il s’appliquer lorsque les inventeurs ou les brevetés sont différents?

[52] Aventis et Schering prétendent qu’il ne peut y avoir double brevet relatif à une évidence lorsque les inventeurs sont différents. Aventis soutient que les mots du juge Binnie au paragraphe 63 de l’arrêt *Camco*, où il dit que «[l]’inventeur n’a droit qu’à “un” brevet pour chaque invention», indiquent clairement que le concept du double brevet ne peut s’appliquer que lorsque l’on est en présence du même inventeur. En l’espèce, M^{me} Smith et son équipe sont les inventeurs désignés du brevet ‘206 et M. Becker et son groupe sont les inventeurs du brevet ‘087. Aventis souligne en outre que les brevetés sont différents.

[53] Il n’y a aucune décision dans la jurisprudence canadienne qui traite directement de cette question et qui

double patenting can apply where the inventors or patentees are different. While Justice Binnie speaks of flexibility in the context of obviousness double patenting, he was doing so in a case where the defendant, Whirlpool, was the holder of both patents in question. That is, Camco was alleging that the claims of one of the Whirlpool patents (the '734 patent) were not patentably distinct over the claims of another Whirlpool patent (the '803 patent). Although the inventors appear to have been different, they were all Whirlpool researchers. In contrast, in the case before me, the parties who applied for the original patents were clearly different and the inventors worked separately to develop their inventions.

[54] Finally, with respect to the *Camco* case, I note that Camco's argument of double patenting was rejected on the basis that Camco had failed to provide a sufficient factual basis to invalidate the '734 claim. In other words, Camco failed to discharge the evidentiary burden on it to prove, on a balance of probabilities, that the patent was invalid.

[55] In conclusion, I do not think that *Camco* should be cited as determinative of either position of the parties before me. The issue simply did not arise on the facts of that case with sufficient clarity to be a binding precedent.

[56] So, where does that leave us?

[57] In my view, it does not help to focus on the inventors or the patentees. As the jurisprudence tells us, basic principles and the claims are what matters. As has been pointed out by the Supreme Court of Canada, a patent is a "bargain". In *Camco*, at paragraph 37, Justice Binnie stated the following:

... the bargain between the patentee and the public is in the interest of both sides only if the patent owner acquires real protection in exchange for disclosure, and the public does not for its part surrender a more extended monopoly than the statutory 17 years from the date of the patent

pourrait m'aider à déterminer si le concept du double brevet peut s'appliquer lorsque les inventeurs ou les brevetés sont différents. Le juge Binnie parle de souplesse dans le cas du double brevet relatif à une évidence, mais dans l'affaire dont il avait été saisi, la défenderesse, Whirlpool, était titulaire des deux brevets en cause. C'est-à-dire que Camco alléguait que les revendications de l'un des brevets de Whirlpool (le brevet '734) n'étaient pas distinctes, au plan de la brevetabilité, des revendications d'un autre brevet de Whirlpool (le brevet '803). Même si les inventeurs étaient différents, ils étaient tous des chercheurs de Whirlpool. Par contre, dans l'affaire dont j'ai été saisie, les parties qui ont demandé les premiers brevets n'étaient manifestement pas les mêmes et les inventeurs ont travaillé séparément pour mettre au point leurs inventions.

[54] Enfin, en ce qui concerne l'arrêt *Camco*, je signale que l'argument du double brevet invoqué par Camco a été rejeté parce que celle-ci n'avait pas fourni un fondement factuel suffisant pour invalider les revendications du brevet '734. En d'autres mots, Camco n'avait pas prouvé, selon la prépondérance des probabilités et comme il le lui incombait, que le brevet était invalide.

[55] En conclusion, je ne pense pas que l'arrêt *Camco* devrait être considéré comme déterminant pour les positions qu'ont fait valoir les parties devant moi. Eu égard aux faits de cette affaire, la question ne s'est pas posée de façon suffisamment claire pour constituer un précédent faisant autorité.

[56] Qu'en est-il donc en l'espèce?

[57] À mon avis, il est inutile de mettre l'accent sur les inventeurs ou les brevetés. Selon la jurisprudence, ce sont les principes de base et les revendications qui importent. Comme l'a souligné la Cour suprême du Canada, un brevet est un «marché». Dans l'arrêt *Camco*, le juge Binnie a dit au paragraphe 37:

[...] le marché conclu entre le breveté et le public est dans l'intérêt des deux parties seulement si le titulaire du brevet acquiert une protection réelle en échange de la divulgation de son invention et que, de son côté, le public ne lui accorde pas un monopole excédant la période légale de 17 ans à partir de

grant (now 20 years from the date of the patent application).

[58] Using the language of a “bargain”, each party, both the patentee and the public, must receive something. If an invention is not new, the patentee would receive a term of protection for which he has not paid the “hard coinage of new, ingenious, useful and unobvious disclosures” (*Wellcome Foundation*, at paragraph 37); he would have received “something for nothing” (*Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024, at paragraph 13). The public, in such a situation, receives no consideration for the bargain. This would be true regardless of whether the inventors or the patentees are different or the same. If the claims of the two patents are not patentably distinct, the effect would be an extension of the original patent as was considered by the Supreme Court in *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] S.C.R. 49. In that case, the Supreme Court refused to recognize a new patent for a substance that was, in fact, a simple dilution of a medicine covered by an already existing patent.

[59] Thus, I would not limit the operation of the concept of obviousness double patenting to the same patentees or inventors. In reviewing the facts of each case, the focus must be the claims that form the invention and not the persons or parties that advance them. If the claims to one patent are not patentably distinct over those in another patent, an allegation of invalidity may have merit.

[60] It is true that the Canadian cases discussing the concept of “evergreening” have used the term “monopoly” to describe the situation that the principle seeks to avoid. It is also the case that no Canadian jurisprudence has ever considered or found the concept to apply to situations of different patentees. However, I do not believe that this should lead inextricably to the conclusion, as argued by Aventis and Schering, that such a finding is only possible if I have the same patentees or the same inventors. Given the diligence of the Commissioner of patents and the provisions in the *Patent Act* that prohibit the issuance of patents to claims that are

la date de délivrance du brevet (qui est désormais de 20 ans à compter de la date du dépôt de la demande de brevet).

[58] Si on reprend le terme «marché», chaque partie, le breveté et le public, doit recevoir quelque chose. Si l'invention n'est pas nouvelle, le breveté jouira d'une période de protection pour laquelle il n'a pas à fournir «de divulgations nouvelles, ingénieuses, utiles et non évidentes» (*Wellcome Foundation*, au paragraphe 37); il aura obtenu «quelque chose sans rien fournir en retour» (*Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024, au paragraphe 13). Dans un tel cas, le public ne reçoit aucune contrepartie dans le marché conclu. Cela serait vrai, que les inventeurs ou les brevetés soient les mêmes ou non. Si les revendications des deux brevets ne sont pas distinctes, au plan de la brevetabilité, cela aurait pour effet de prolonger le brevet original comme l'a indiqué la Cour suprême dans *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] R.C.S. 49. Dans cet arrêt, la Cour suprême a refusé de reconnaître un nouveau brevet concernant une substance qui était en réalité la simple dilution d'un médicament visé par un brevet déjà en vigueur.

[59] Je ne limiterais donc pas l'application du concept du double brevet relatif à une évidence aux mêmes brevetés ou inventeurs. Dans l'examen de chaque cas, l'accent doit être mis sur les revendications qui constituent l'invention et non sur les personnes ou parties qui les font valoir. Une allégation d'invalidité pourrait avoir un certain fondement si les revendications d'un brevet ne sont pas distinctes, au plan de la brevetabilité, de celles d'un autre brevet.

[60] Il est vrai que, dans la jurisprudence canadienne traitant du concept du «renouvellement à perpétuité», les tribunaux ont employé le terme «monopole» pour décrire la situation que ce principe cherche à éviter. Il est également vrai que les tribunaux canadiens n'ont jamais considéré ou conclu que ce concept s'applique aux cas où les brevetés sont différents. Je ne crois toutefois pas devoir inévitablement considérer, comme l'ont soutenu Aventis et Schering, qu'une telle conclusion n'est possible que dans un cas où les brevetés ou les inventeurs sont les mêmes. Grâce à la diligence du commissaire aux brevets et à cause des dispositions de la

not patentably distinct, the situation of double patenting rarely arises. Once it arises—as it has in the application before me—I see no reason to dismiss the allegation of invalidity simply because there is no existing case law settling the issue.

[61] Thus, the question that must be addressed is whether the claims to one of the patents in issue are patentably distinct over the claims of the other. In answering this question, the relationship between the claims to ramipril in the two patents must be examined.

What is the relationship between the '206 patent and the '087 patent?

[62] In my view, the relationship between the '206 patent and '087 patent is very similar to that described in the case of *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.* (1997), 77 C.P.R. (3d) 547 (F.C.T.D.). That case involved an allegation by Apotex that Pfizer's patent for fluconazole, an anti-fungal drug for the treatment of serious systemic and superficial infections, was obvious in light of the ICI patent. The claims of the ICI patent were directed generally to a broad class of compounds described as fungicidal triazoles and imidazoles. The ICI '263 patent issued on July 3, 1984, well after the filing date of the Pfizer patent on June 4, 1982. It was not disputed that fluconazole is encompassed within the broad generic scope of the claims of the ICI patent. Justice Richard (as he then was) considered the relationship between the two patents as follows [at paragraphs 34 and 53]:

The ICI Patent is an originating patent while the Pfizer Patent is a selection ... The former claims the genus; the second claims the species. ICI's '263 Patent is directed generally to fungicidal triazoles and imidazoles. Fluconazole is not specifically described and neither were its superior and previously unknown efficacy described or known. The ICI Patent did not include the fluconazole compound. ICI was not the first inventor of this compound and never made it.

Loi sur les brevets qui interdisent la délivrance de brevets lorsque des revendications ne sont pas distinctes sur le plan de la brevetabilité, il y a rarement double brevet. Dans les cas où cela se produit—comme en l'espèce—je ne vois aucune raison de rejeter l'allégation d'invalidité pour le simple motif que la jurisprudence n'a pas tranché cette question.

[61] Il faut donc déterminer si les revendications de l'un des brevets en cause sont distinctes, au plan de la brevetabilité, des revendications de l'autre brevet. Pour répondre à cette question, il faut examiner les liens qui existent entre les revendications concernant le ramipril dans les deux brevets.

Quels sont les liens entre le brevet '206 et le brevet '087?

[62] À mon avis, les liens qui existent entre le brevet '206 et le brevet '087 ressemblent beaucoup à ceux qui ont été décrits dans l'affaire *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.* (1997), 77 C.P.R. (3d) 547 (C.F. 1^{re} inst.). Apotex alléguait dans cette affaire que le brevet de Pfizer concernant le fluconazole, un antifongique servant au traitement des infections graves systémiques et superficielles, était évident compte tenu du brevet d'ICI. Les revendications du brevet d'ICI visaient généralement une large catégorie de composés décrits comme étant des triazoles et des imidazoles fongicides. Le brevet '263 d'ICI a été délivré le 3 juillet 1984, longtemps après que Pfizer eut déposé son brevet le 4 juin 1982. Il n'était pas contesté que la portée générique large des revendications du brevet d'ICI englobait le fluconazole. Le juge Richard (tel était alors son titre) a examiné les liens existant entre les deux brevets [aux paragraphes 34 et 53]:

Le brevet d'ICI est un brevet d'origine tandis que celui de Pfizer est un brevet de sélection. Le premier revendique le genre; le deuxième l'espèce. Le brevet n° 263 d'ICI vise généralement les triazoles et les imidazoles fongicides. Le fluconazole n'y est pas expressément décrit, non plus que son efficacité supérieure et antérieurement inconnue n'est décrite ou connue. Le brevet d'ICI n'incluait pas le composé appelé fluconazole. ICI n'était pas le premier inventeur de ce composé et elle ne l'a jamais fabriqué.

I find that fluconazole, the subject matter of the Pfizer Patent, has unexpected and valuable properties which are not possessed by the structurally closest compounds disclosed in the ICI Patent

[63] Accordingly, Justice Richard found that Apotex's allegation of invalidity because of obviousness failed.

[64] As I stated, the situation before me is similar in that:

- the '206 patent involves claims to a broad range of compounds some of which encompass ramipril (similar to the ICI originating patent);
- the '087 patent involves claims to ramipril only (similar to the Pfizer selection patent);
- the '087 and '206 patents have different inventors; and,
- ramipril is significantly more active in inhibiting ACE than any of the stereoisomers of the '206 patent.

Each of the '087 patent for ramipril and the Pfizer patent considered by Justice Richard involve an invention that add "something of a substantial character to existing knowledge" (*In re I.G. Farbenindustrie A.G.'s Patents* (1930), 47 R.P.C. 289 (Ch. D.), at page 322). Thus, as in the case before Justice Richard, I have a genus patent (the '206 patent) and a selection patent (the '087 patent).

[65] Based on the record before me, I am satisfied that the date of invention of the '206 patent was before the date of invention of either the '457 or the '087 patent. The relevant priority dates are as follows:

- '206 patent—October 23, 1980
- '087 patent—November 5, 1981
- '457 patent—April 12, 1984

Je conclus que le fluconazole, objet du brevet de Pfizer, possède des propriétés inattendues et valables que ne possèdent pas les composés les plus proches par leurs structures divulgués dans le brevet d'ICI [. . .]

[63] En conséquence, le juge Richard a conclu que l'allégation d'invalidité pour cause d'évidence devait être rejetée.

[64] Comme je l'ai dit, l'affaire dont j'ai été saisie est semblable pour les motifs suivants:

- le brevet '206 comporte des revendications visant une large catégorie de composés dont certains comprennent du ramipril (élément semblable au brevet d'origine d'ICI);
- le brevet '087 comprend des revendications ne visant que le ramipril (élément semblable au brevet de sélection Pfizer);
- les inventeurs des brevets '087 et '206 sont différents;
- le ramipril est considérablement plus efficace pour inhiber l'ECA que les autres stéréoisomères du brevet '206.

Chacune des revendications du brevet '087 visant le ramipril et du brevet de Pfizer examinées par le juge Richard vise une invention qui ajoute [TRADUCTION] «quelque chose de substantiel à des connaissances existantes» (*In re I.G. Farbenindustrie A.G.'s Patents* (1930), 47 R.P.C. 289 (Ch. D.), à la page 322). Ainsi, comme c'était le cas devant le juge Richard, j'ai été saisie d'un brevet de genre (le brevet '206) et d'un brevet de sélection (le brevet '087).

[65] M'appuyant sur le dossier dont j'ai été saisie, je suis convaincue que la date de l'invention du brevet '206 était antérieure à la date de l'invention visée par les brevets '457 ou '087. Les dates de priorité sont les suivantes:

- brevet '206—23 octobre 1980
- brevet '087—5 novembre 1981
- brevet '457—12 avril 1984

[66] The facts of the application before me are not materially different from those considered by Justice Richard. Accordingly, on its face, a claim of obviousness fails.

[67] There are two differences in the case before me that should be examined before I make a conclusive finding. The first is the licence agreement between the patentees; the second, the relative dates of the inventions versus the dates of the issuances.

What is the effect of the licence agreement?

[68] Pharmascience argues that Schering has “enjoyed” the benefits of its patent through the royalties it has received since 1986, the effective date of its licence agreement with Hoescht. The thrust of the submission appears to be that Schering, having benefited from its '206 claim to a patent, should not have recognition for a further period of time.

[69] The problem with this argument is that the rights under a licence agreement are limited and in no way can be compared to the range of protection afforded by a patent and the provisions of the patent legislative scheme. The rights acquired under its agreement by Schering were only enforceable against the other party to the agreement—in this case, Hoechst or its successor in interest, Aventis.

[70] I also note that there was, in 1986, no certainty that the patent would ever issue. The conflict proceedings were still in the future and could have had a different outcome. There was significant risk to Schering, at that time, that the '206 patent might never issue.

[71] While I have evidence that the licence agreement bears an effective date of 1986, I know very little more about it. I do not know when it was entered into. I do not know the consideration. I do not know if other side agreements exist that covered the possibility that the patent would never issue.

[66] Les faits dont il est question en l'espèce ne sont pas sensiblement différents de ceux qu'a examinés le juge Richard. Par conséquent, à première vue, l'allégation relative à l'évidence est rejetée.

[67] En l'espèce, il y a deux différences que je dois examiner avant de tirer une conclusion définitive. La première est l'existence d'un contrat de licence intervenu entre les brevetés; la deuxième concerne les dates relatives des inventions par rapport aux dates de délivrance des brevets.

Quel est l'effet du contrat de licence?

[68] Pharmascience affirme que Schering a «jouï» des avantages résultant de son brevet grâce aux redevances qu'elle a touchées depuis 1986, la date de prise d'effet du contrat de licence conclu avec Hoescht. Elle soutient essentiellement que Schering, ayant tiré avantage du fait qu'elle prétendait avoir un brevet, ne devrait pas pouvoir en profiter plus longtemps.

[69] Le problème que pose cet argument est que les droits conférés par un contrat de licence sont limités et qu'on ne peut nullement les comparer à l'étendue de la protection offerte par un brevet et par les dispositions législatives applicables aux brevets. Les droits acquis par Schering en vertu de ce contrat n'étaient opposables qu'à l'autre partie à l'accord—en l'occurrence Hoechst ou son ayant droit, Aventis.

[70] Je souligne en outre que rien ne garantissait, en 1986, que le brevet serait jamais accordé. Les procédures en cas de conflit n'étaient encore qu'une éventualité et auraient pu entraîner un résultat différent. Le risque que le brevet '206 ne soit jamais délivré était encore important pour Schering à l'époque.

[71] Bien que l'on m'ait soumis des éléments de preuve indiquant que le contrat de licence est daté de 1986, je ne sais pas grand chose d'autre à ce sujet. J'ignore quand il a été conclu et quelle en était la contrepartie. J'ignore également s'il existe d'autres ententes accessoires concernant la possibilité que le brevet ne soit jamais délivré.

[72] In short, I put little weight on the licence agreement as evidence that Schering has had any benefit of the patent since 1986. Whatever benefit it had was limited to one party only and did not alleviate the concern that the patent might never issue.

[73] However, even if the effect of the licence agreement is that Schering and Aventis should be considered as the same patentees, I would attach little significance to that conclusion. As pointed out earlier, the focus is on the inventions making up the claims. There is nothing in the Act to prevent the same patentees from developing new and novel inventions that may then be patented.

What is the date for assessing the obviousness double patenting argument?

[74] An analysis of the Pharmascience argument begins with claims 1, 2, 3, 6 and 12 of the '206 patent. There is no dispute that these claims cover ramipril. Both Professor Ronald H. Kluger, an affiant for Pharmascience, and Dr. David J. Triggles, affiant for Aventis, stated this conclusion.

Evidence of Drs. Kluger and Triggles

[75] Dr. Kluger holds a Ph. D. in organic chemistry and a post-doctoral fellowship in biochemistry. He is currently Associate Chair and Director of Graduate Studies in Chemistry at the University of Toronto. He was asked by Pharmascience to determine if the chemical compound named ramipril was included in the '206, the '087 and the '457 patents and to identify which claims included ramipril. His conclusions can be summarized as follows:

- Claims 1, 2, 3, 6 and 12 of the '206 patent cover ramipril and, since they are not limited to products made by a particular process, they cover ramipril made by any process.
- With respect to the '087 patent, ramipril is included in claims 1, 2, 3, 4, 5 and 6.

[72] En résumé, j'accorde peu de poids au contrat de licence en tant que preuve que Schering avait tiré profit du brevet depuis 1986. Les avantages qu'elle a pu en tirer se limitaient à une seule partie et n'ont pas éliminé la possibilité que le brevet pourrait ne jamais être accordé.

[73] Toutefois, même si à cause du contrat de licence on devait considérer que Schering et Aventis sont les mêmes brevetées, j'accorderais peu de poids à cette conclusion. Comme je l'ai déjà souligné, l'accent doit être mis sur les inventions à l'origine des revendications. Aucune disposition de la Loi n'empêche les mêmes brevetés de mettre au point de nouvelles inventions qui peuvent ensuite être brevetées.

Quelle est la date à laquelle il convient d'apprécier l'argument fondé sur le double brevet relatif à une évidence?

[74] L'analyse de l'argument avancé par Pharmascience commence avec les revendications 1, 2, 3, 6 et 12 du brevet '206. Nul ne conteste que ces revendications visent le ramipril. Tant le professeur Ronald H. Kluger, qui a souscrit un affidavit pour Pharmascience, que M. David J. Triggles, qui a souscrit un affidavit pour Aventis, en sont arrivés à cette conclusion.

Témoignages de MM. Kluger et Triggles

[75] M. Kluger est titulaire d'un doctorat en chimie organique et d'une bourse de recherche postdoctorale en biochimie. Il occupe à l'heure actuelle le poste de directeur adjoint des études supérieures en chimie à l'Université de Toronto. Pharmascience lui a demandé de déterminer si le composé chimique appelé ramipril était inclus dans les brevets '206, '087 et '457, et de préciser quelles revendications visaient le ramipril. On peut résumer ses conclusions de la manière suivante:

- Les revendications 1, 2, 3, 6 et 12 du brevet '206 visent le ramipril et, comme elles ne se limitent pas aux produits obtenus par un procédé particulier, elles visent le ramipril obtenu par n'importe quel procédé.
- En ce qui concerne le brevet '087, le ramipril est visé par les revendications 1, 2, 3, 4, 5 et 6.

• For the '457 patent, claims 1 (subject to the correction of an apparent error), 2, 3 and 8 include ramipril.

• As of March 2001, the date of the grant of the '206 patent, it would have been obvious to any chemist familiar with the chemical structure of ramipril, that claims 1, 2, 3, 6, and 12 of the '206 patent obviously cover the compounds claimed in claims 2, 4 and 6 of the '087 patent.

• As of March 2001, it would have been obvious to any chemist familiar with the chemical structure of ramipril that claims 1, 2, 3, 6 and 12 of the '206 patent obviously cover the composition containing ramipril claimed in claims 1 (if corrected as he suggests), 2, 3 and 8 of the '457 patent.

[76] Dr. Kluger was not cross-examined on his affidavit.

[77] Dr. Triggle holds a Ph. D. in chemistry and is currently a professor at the School of Pharmacy and Pharmaceutical Sciences, State University of New York at Buffalo. He was asked by Aventis to review Pharmascience's NOA and to review the '206 and '087 patents. The significant highlights of his affidavit are as follows:

• While claims 1, 2, 3, 6 and 12 claim a general formula which, with specific substitutions would include ramipril, nowhere in the disclosure or the claims of the '206 patent is there a specific disclosure of the compound ramipril.

• The '206 patent provides no suggestion to a skilled person that the claimed compounds would be useful in the treatment of heart failure.

• The '087 patent provides no suggestion to a skilled person that the claimed compounds are useful in the treatment of heart failure.

• In the case of ramipril, a skilled person could not have predicted in the early 1980s that ramipril would exhibit

• Pour ce qui est du brevet '457, les revendications 1 (sous réserve de la correction d'une erreur manifeste), 2, 3 et 8 visent le ramipril.

• Dès mars 2001, date de la délivrance du brevet '206, il aurait été évident pour tout chimiste connaissant bien la structure chimique du ramipril que les revendications 1, 2, 3, 6 et 12 du brevet '206 visaient manifestement les composés revendiqués dans les revendications 2, 4 et 6 du brevet '087.

• Dès mars 2001, il aurait été évident pour un chimiste connaissant bien la structure chimique du ramipril que les revendications 1, 2, 3, 6 et 12 du brevet '206 visaient manifestement la composition contenant du ramipril revendiquée dans les revendications 1 (si elle était corrigée comme il l'avait proposé), 2, 3 et 8 du brevet '457.

[76] M. Kluger n'a pas été contre-interrogé sur son affidavit.

[77] M. Triggle est titulaire d'un doctorat en chimie et est professeur à la School of Pharmacy and Pharmaceutical Sciences de la State University of New York à Buffalo. Aventis lui a demandé d'examiner l'avis d'allégation de Pharmascience ainsi que les brevets '206 et '087. Les points saillants de son affidavit sont les suivants:

• Alors que les revendications 1, 2, 3, 6 et 12 revendiquent une formule générale qui, après certaines substitutions, comprendraient du ramipril, il n'est nulle part question du composé ramipril dans la divulgation ou les revendications du brevet '206.

• Le brevet '206 n'indique pas à une personne versée dans le domaine que les composés revendiqués seraient utiles dans le traitement de l'insuffisance cardiaque.

• Le brevet '087 n'indique pas à une personne versée dans le domaine que les composés revendiqués sont utiles dans le traitement de l'insuffisance cardiaque.

• Dans le cas du ramipril, une personne versée dans le domaine n'aurait pas été en mesure de prévoir, au début

enhanced biological activity relative to its stereoisomers, including those covered by the '206 patent; nor could a skilled person have predicted the magnitude of any increased activity. Accordingly, while the ramipril stereoisomer falls within the claims of the '206 patent, a skilled person could not have predicted and it would not have been obvious that ramipril would have significantly increased activity relative to its stereoisomers.

[78] Dr. Triggles was not cross-examined on his affidavit.

[79] At first blush, there appears to be a conflict between the findings of Drs. Triggles and Kluger. Dr. Kluger says that it would have been obvious to any chemist familiar with the chemical structure of ramipril, that claims 1, 2, 3, 6, and 12 of the '206 patent obviously cover the compounds claimed in claims 2, 4 and 6 of the '087 patent. On the other hand, Dr. Triggles states that, while the ramipril stereoisomer falls within the claims of the '206 patent, a skilled person could not have predicted, and it would not have been obvious, that ramipril would have significantly increased activity relative to its stereoisomers (the '087 patent) or that the claimed compounds would be useful in the treatment of heart failure (the '457 patent).

[80] This apparent conflict can be easily explained. Dr. Kluger was evaluating the obviousness as of March 2001, the date of the issuance of the '206 patent. In 2001, the claims of the '457 and '087 patents had been known and recognized for over 15 years. What Dr. Kluger has told us is that, if a chemist had the ramipril drug and the information of the two specific patents for ramipril, the chemist could easily come up with the claims of the '206 patent that cover ramipril. His conclusion is not illogical given that the evidence demonstrates that the '087 patent and the '457 patent claims overlap with those of the '206 patent. Dr. Kluger was not asked to express his view of whether the claims of the '206 patent would have been obvious to a chemist in 1981, when the application for the '206 patent was

des années 1980, que les stéréoisomères du ramipril présenteraient une activité biologique accrue, y compris ceux décrits dans le brevet '206; de plus, une personne versée dans le domaine n'aurait pas été en mesure de prévoir l'importance de cette activité accrue. En conséquence, même si le stéréoisomère du ramipril est visé par les revendications du brevet 206, une personne versée dans le domaine n'aurait pas été en mesure de prévoir que ce stéréoisomère aurait présenté une activité considérablement accrue, et cette activité accrue n'aurait pas été évidente.

[78] M. Triggles n'a pas été contre-interrogé sur son affidavit.

[79] Il semble à première vue y avoir une contradiction entre les conclusions de M. Triggles et celles de M. Kluger. Ce dernier affirme qu'il aurait été évident pour un chimiste connaissant bien la structure chimique du ramipril que les revendications 1, 2, 3, 6 et 12 du brevet '206 visent manifestement les composés revendiqués dans les revendications 2, 4 et 6 du brevet '087. Pour sa part, M. Triggles affirme que, bien que le stéréo-isomère de ramipril soit visé par les revendications du brevet 206, une personne versée dans le domaine n'aurait pas pu prévoir, et il n'aurait pas été évident pour elle, que le ramipril aurait présenté une activité considérablement accrue concernant ses stéréo-isomères (le brevet '087) ou que les composés revendiqués seraient utiles dans le traitement de l'insuffisance cardiaque (le brevet '457).

[80] Il est facile d'expliquer cette contradiction apparente. M. Kluger a évalué l'évidence en mars 2001, date de la délivrance du brevet '206. En 2001, les revendications contenues dans les brevets '457 et '087 étaient connues et reconnues depuis plus de 15 ans. M. Kluger a dit qu'un chimiste ayant à sa disposition du ramipril et les renseignements contenus dans les deux brevets particuliers visant le ramipril pourrait facilement en arriver aux revendications du brevet '206 qui visent le ramipril. Sa conclusion n'est pas illogique puisque la preuve démontre que les revendications du brevet '087 et du brevet '457 coïncident avec celles du brevet '206. On n'a pas demandé à M. Kluger si, à son avis, les revendications du brevet '206 auraient été évidentes pour un chimiste en 1981 lorsque la demande de brevet '206

made and when, as the evidence demonstrates, the invention of the genus claims was made. We do not know what opinion he would have expressed on obviousness under that assumption. He may well have agreed with Dr. Triggle.

[81] Dr. Triggle was asked to look at a reference date of 1981. We do not know what opinion he would have expressed on obviousness under the assumption that the relevant date was 2001. He may well have agreed with Dr. Kluger.

[82] What date should be used? Pharmascience's allegation that the '206 claims are invalid on the basis of double patenting is founded on an assessment of obviousness using the patent issue date of March 2001. During oral argument, Pharmascience acknowledged the importance of the 2001 date to its position. If I conclude that the correct reference date is 1981 and not 2001, its argument of double patenting collapses.

[83] Let me try to outline the Pharmascience view of the order of events and the applicability of the double patent argument.

- First, we have the '087 patent that was issued on May 15, 1985.
- Secondly, we have the '457 patent issued on August 15, 1985.
- Finally, we have the '206 patent issued in March 2001, with its claims to compounds that include ramipril which, in 2001 (according to Dr. Kluger), were obvious.

[84] Thus, in Pharmascience's view, we have a situation where Schering is caught in an obviousness double patent bind. The effect, according to Pharmascience, is that Schering, through this evergreening, is keeping generic companies from benefiting from the expired '087 patent to market ramipril for the treatment of hypertension. This situation, in Pharmascience's view, is exactly what Justice

a été présentée et lorsque, comme l'indique la preuve, l'invention indiquée dans les revendications de genre a été faite. Nous ignorons quel aurait été son avis quant à l'évidence s'il était parti de cette hypothèse. Il aurait très bien pu être d'accord avec M. Triggle.

[81] On a demandé à M. Triggle d'utiliser 1981 comme date de référence. Nous ignorons quel aurait été son avis quant à l'évidence s'il avait présumé que la date pertinente était 2001. Il aurait très bien pu être d'accord avec M. Kluger.

[82] Quelle date doit-on utiliser? Pharmascience allègue que les revendications du brevet '206 sont invalides pour cause de double brevet en s'appuyant sur une appréciation de l'évidence faite à partir de la date de délivrance du brevet, soit mars 2001. Au cours des plaidoiries, Pharmascience a reconnu l'importance pour sa thèse d'utiliser l'année 2001. Si je conclus que la date de référence correcte est 1981 et non 2001, son argument fondé sur le double brevet s'écroule.

[83] Permettez-moi d'exposer le point de vue de Pharmascience quant à la chronologie des événements et quant à l'applicabilité de l'argument fondé sur le double brevet.

- Premièrement, nous avons le brevet '087 qui a été délivré le 15 mai 1985.
- Deuxièmement, nous avons le brevet '457 qui a été délivré le 15 août 1985.
- Enfin, nous avons le brevet '206 qui a été délivré en mars 2001 et dont les revendications visant les composés qui comprenaient le ramipril étaient, en 2001 (selon M. Kluger), évidentes.

[84] Ainsi, de l'avis de Pharmascience, nous nous trouvons dans une situation où Schering fait face à un dilemme en ce qui a trait au double brevet relatif à une évidence. Selon Pharmascience, il en résulte que Schering, grâce à ce renouvellement à perpétuité, empêche des compagnies génériques de profiter du brevet '087 qui est expiré afin de commercialiser le ramipril pour le traitement de l'hypertension. Cette

Binnie had in mind when he made his comments in *Camco*.

Date of invention vs. date of patent

[85] In my view, in this case the date of invention and not the date of the patent should be the date used for determining obviousness. The reason for this is that the '206 patent issued under the old patent scheme pre-1982. When faced with a question of obviousness, the Court is required to examine the claims. The claims arise from an invention and not from the grant of the patent. While the patent affirms the claims and provides the patentee with certain rights, it is a statutory mechanism and not one that creates the invention. Thus, it appears logical to analyse the situation based on the relative dates of the invention.

[86] As the *Patent Act* now operates the problem before me would not arise. However, that is not the scheme under which these patents are operating and I must consider whether there is any argument that would warrant varying the logical unfolding of events.

[87] The most significant of these arguments is that Schering's protection under the '206 patent extends well beyond 17 years after the date of the invention. Assessing the issue of obviousness double patenting as of the date of invention does appear to result in an inequity. As I noted earlier, had the '206 patent issued on or close to the date of invention, it would have expired long ago and Pharmascience would not need to allege non-infringement of the '206 patent.

[88] While recognizing this apparent inequity, I must also consider the situation of Schering in the event that I determine that the correct reference date is 2001. In that case, Schering would not have had the benefit of a patent during the period 1981 to 2001 and would also be stripped of its side of the "bargain" as of 2001. The result would be that the patentee would receive nothing for its invention in respect of the claims that cover ramipril. This would be unfair, particularly when the

situation, selon Pharmascience, est exactement ce que le juge Binnie avait en tête lorsqu'il a fait ses commentaires dans l'arrêt *Camco*.

Date de l'invention par opposition à date du brevet

[85] À mon avis, c'est la date de l'invention et non celle du brevet qui devrait servir en l'espèce à déterminer l'évidence. Ce choix s'explique par le fait que le brevet '206 a été délivré sous l'ancien régime applicable aux brevets avant 1982. Lorsque la question de l'évidence est soulevée, la Cour doit examiner les revendications. Les revendications découlent d'une invention et non de la délivrance du brevet. Le brevet confirme les revendications et confère certains droits au breveté, mais il s'agit d'un mécanisme prévu par la loi et non d'un mécanisme qui crée l'invention. Il semble donc logique d'analyser la situation en se servant des dates relatives de l'invention.

[86] De la manière dont la *Loi sur les brevets* s'applique à l'heure actuelle, le problème dont j'ai été saisi ne se poserait pas. Toutefois, ce n'est pas ce régime qui s'applique aux brevets en cause et je dois examiner s'il existe des arguments qui justifieraient la modification du déroulement logique des événements.

[87] Le plus important de ces arguments est que la protection conférée à Schering par le brevet '206 s'étend bien au-delà des 17 ans suivant la date de l'invention. Il semble qu'utiliser la date de l'invention pour apprécier la question du double brevet relatif à une évidence entraîne une injustice. Comme je l'ai souligné précédemment, s'il avait été délivré à la date de l'invention ou vers cette date, le brevet '206 serait depuis longtemps expiré et Pharmascience n'aurait pas à alléguer la non-contrefaçon du brevet '206.

[88] Bien que je reconnaisse cette injustice apparente, je dois également examiner quelle serait la situation de Schering si je décidais que la date de référence à utiliser est 2001. Dans un tel cas, Schering n'aurait pas eu l'avantage d'un brevet au cours de la période de 1981 à 2001 et elle serait également privée de sa contrepartie du «marché» en 2001. Il en résulterait que la brevetée ne recevrait rien pour son invention en ce qui concerne les revendications qui visent le ramipril. Cela serait injuste,

delays in the issuance of the patent cannot, in any significant way, be attributed to Schering. Schering, unfortunately, was caught by an application of the old rules governing conflict procedures.

In re Braat

[89] The situation before me, where the dates against which obviousness must be assessed are in dispute, has not been considered by Canadian courts. Aventis, however, referred me to an American case of *In re Braat*, 937 F.2d 589 (Fed. Cir. 1991) which is helpful. Contrary to the assertion of Pharmascience, some guidance may be taken from jurisprudence from another common law jurisdiction even though it is not binding.

[90] The Court of Appeal, in *Braat*, considered an appeal from a decision of the U.S. Patent and Trademark Office (PTO). The Board of the PTO had rejected the patent claims of Braat on the grounds of obviousness double patenting. The two patent claims in question were the Dil patent which issued June 24, 1980 on an application filed January 31, 1979 and the Braat application, filed July 17, 1978, which claimed priority from a Netherlands patent application filed April 3, 1978.

[91] The PTO examiner and, subsequently, the Board rejected certain of the claims of the Braat application on the basis that the claims of Braat were not patently distinct over relevant claims of the Dil patent.

[92] The Court, in *Braat*, reversed the decision of the Board. In doing so, they held that a double patenting rejection was sustainable only if the claims of the Dil patent are not patently distinct from the claims of the Braat application. The Court held that a "two-way" determination was required. Not only was the Board obligated to look at whether the claims of Braat were obvious over those of the Dil patent, it had to determine whether the claims of the Dil patent were obvious over the claims of Braat. On the evidence before it, the Court held that the claims of the Dil patent were patently

notamment parce que le délai dans la délivrance du brevet ne peut pas être attribué à Schering. Malheureusement pour elle, Schering était soumise à l'application des anciennes règles régissant la procédure en cas de conflit.

In re Braat

[89] Les tribunaux canadiens n'ont pas examiné la situation qui m'a été soumise, savoir un cas où les parties ne s'entendent pas sur les dates devant servir à déterminer s'il y a évidence. Aventis m'a toutefois invitée à me reporter à une décision rendue aux États-Unis, *In re Braat*, 937 F.2d 589 (Fed. Cir. 1991). Contrairement à ce qu'affirme Pharmascience, il peut être utile de consulter la jurisprudence d'un autre pays de common law, même si je ne suis pas liée par celle-ci.

[90] Dans l'arrêt *Braat*, la Cour d'appel a entendu l'appel interjeté d'une décision du Patent and Trademark Office des États-Unis (le PTO). Le conseil du PTO avait rejeté les revendications du brevet de Braat pour cause de double brevet relatif à une évidence. Les deux revendications de brevet en cause étaient le brevet Dil qui avait été délivré le 24 juin 1980 après le dépôt d'une demande le 31 janvier 1979, et la demande de Braat, déposée le 17 juillet 1978, qui prétendait avoir priorité sur une demande de brevet déposée aux Pays-Bas le 3 avril 1978.

[91] L'examineur du PTO et, par la suite, le conseil ont rejeté certaines des revendications de la demande de Braat pour le motif qu'elles n'étaient pas distinctes, au plan de la brevetabilité, d'autres revendications pertinentes du brevet Dil.

[92] Dans l'arrêt *Braat*, la Cour a annulé la décision du conseil. Elle a statué que le rejet pour cause de double brevet ne pouvait être justifié que si les revendications du brevet Dil n'étaient pas distinctes, au plan de la brevetabilité, de celles de la demande de Braat. La Cour a statué qu'elle devait procéder à une détermination «réciproque». Le conseil devait non seulement examiner si les revendications de Braat étaient évidentes par rapport à celles contenues dans le brevet Dil, mais il devait également déterminer si les revendications contenues dans le brevet Dil étaient évidentes par rapport

distinct from the claims of the Braat application and that the double patenting allegation failed. In so concluding, the Court took note of the fact that, it was not the fault of the claimant to the Braat rights that the claims in the Dil patent issued first.

[93] The Court in *Braat* also acknowledged the fact that the allowance of the Braat application would result in some timewise extension of patent protection for the Dil claims. The Court viewed this as a situation where the extension was justified.

[94] The reasoning of the Court in requiring an analysis of whether the Dil patent claims were obvious over the Braat claims is, in my view, logical. In the application before me, the '087 and '206 patents are in a similar situation in that:

(a) The '087 patent issued before the '206 patent even though the '206 application was filed first; and,

(b) The delay in issuance of the '206 patent was not the fault of Schering.

The application of logic of *Braat* to this application requires that I assess whether the claims of the '087 patent are obvious over the claims to ramipril in the '206 patent. Dr. Kluger did not carry out this analysis. Only Dr. Triggle addressed this question and concluded that "it would not have been obvious that ramipril would have significantly increased activity relative to its stereoisomers." Neither his qualifications nor his conclusions were contested. Based on his evidence, I conclude that the claims of the '087 patent are not obvious over the claims of the '206 patent. Following the logic of *Braat*, the argument of obviousness double patenting cannot be sustained.

aux revendications de Braat. Après avoir examiné la preuve dont elle avait été saisie, la Cour a statué que les revendications du brevet Dil étaient distinctes, au plan de la brevetabilité, des revendications de la demande de Braat et elle a rejeté l'allégation de double brevet. En tirant cette conclusion, la Cour a également pris note du fait que ce n'était pas la faute de la partie qui revendiquait les droits de Braat si les revendications du brevet Dil avaient été rendues publiques en premier.

[93] La Cour a également reconnu dans l'arrêt *Braat* que si elle faisait droit à la demande de Braat, cela entraînerait une prolongation temporelle de la protection par brevet des revendications de Dil. Elle a estimé qu'il s'agissait d'un cas où la prolongation était justifiée.

[94] Le raisonnement suivi par la Cour pour exiger l'analyse de la question de savoir si les revendications du brevet Dil étaient évidentes par rapport aux revendications de Braat est, à mon avis, logique. Dans la demande dont j'ai été saisie, les brevets '087 et '206 sont dans une situation similaire pour les motifs suivants:

a) le brevet '087 a été délivré avant le brevet '206 même si la demande concernant le brevet '206 a été déposée en premier;

b) le délai dans la délivrance du brevet '206 n'était pas attribuable à Schering.

L'application à la présente espèce du raisonnement suivi dans l'arrêt *Braat* m'oblige à examiner si les revendications du brevet '087 sont évidentes par rapport aux revendications concernant le ramipril dans le brevet '206. M. Kluger n'a pas fait cette analyse. Seul M. Triggle s'est penché sur cette question et il a conclu [TRADUCTION] «qu'il n'aurait pas été évident que le ramipril aurait présenté une activité relative considérablement accrue à son stéréoisomère». Ni ses compétences ni ses conclusions n'ont été contestées. M'appuyant sur son témoignage, je conclus que les revendications du brevet '087 ne sont pas évidentes par rapport aux revendications du brevet '206. Selon la logique de l'arrêt *Braat*, l'argument fondé sur le double brevet relatif à une évidence ne peut pas être retenu.

SUMMARY ON ISSUE No. 2

[95] On this issue, I conclude that the claims of the '206 patent are not invalid on the basis of double patenting. The situation before me is not one of evergreening of the '087 patent. It can more correctly be described as a recognition of the rights of the holder of the '206 patent. Briefly stated, although the concept of double patenting is not necessarily limited to same patentees or inventors, on the facts of this case:

- as of the date of the invention encompassed by the '206 patent claims that cover ramipril, the claims of the '087 patent were not obvious;
- the '087 patent is a selection patent from the '206 patent and is, thus, patentably distinct from the '206 patent;
- the delay in issuance of the '206 patent was not the fault of Schering, the patentee, whose rights to the patent were not fully protected until the patent issued in 2001;
- the extension of the patent rights of Schering for the entire 17-year period of its patent is justified; and
- the licence agreement between Schering and Aventis is of little relevance since the rights held by Schering pursuant to the licence agreement are not equivalent to the patent rights.

[96] Accordingly, the allegation of Pharmascience that its ramipril will not infringe the claims 1, 2, 3, 6 and 12 of the '206 patent is not justified. This is a sufficient basis upon which to allow the application of Schering.

ISSUE No. 3 INFRINGEMENT BY USE OF PHARMASCIENCE'S RAMIPRIL TO TREAT CARDIAC INSUFFICIENCY

[97] As noted above, Pharmascience alleges non-infringement of the '457 patent on the basis that it is not seeking approval for the treatment of cardiac

RÉSUMÉ SUR LA QUESTION n° 2

[95] En ce qui concerne cette question, je conclus que les revendications du brevet '206 ne sont pas invalides pour cause de double brevet. Il ne s'agit pas en l'espèce d'un renouvellement à perpétuité du brevet '087. Il s'agit plutôt d'une reconnaissance des droits du titulaire du brevet '206. Bref, bien que le concept du double brevet ne se limite pas nécessairement aux mêmes brevetés ou aux mêmes inventeurs, compte tenu des faits de l'espèce:

- à la date de l'invention visée par les revendications du brevet '206 qui concernent le ramipril, les revendications du brevet '087 n'étaient pas évidentes;
- le brevet '087 est un brevet de sélection tiré du brevet '206 et est donc distinct, au plan de la brevetabilité, du brevet '206;
- le délai dans la délivrance du brevet '206 n'était pas attribuable à Schering, la brevetée, dont les droits sur le brevet n'ont pas été pleinement protégés jusqu'à la délivrance du brevet en 2001;
- la prolongation des droits conférés par le brevet à Schering pendant toute la durée de son brevet, soit 17 ans, est justifiée;
- le contrat de licence intervenu entre Schering et Aventis importe peu puisque les droits que ce contrat a conférés à Schering ne sont pas équivalents aux droits conférés par le brevet.

[96] Par conséquent, l'allégation de Pharmascience selon laquelle son ramipril ne contrefera pas les revendications 1, 2, 3, 6 et 12 du brevet '206 n'est pas fondée. Il s'agit d'un motif suffisant pour accueillir la demande de Schering.

QUESTION n° 3: CONTREFAÇON RÉSULTANT DE L'UTILISATION DU RAMIPRIL DE PHARMASCIENCE POUR LE TRAITEMENT DE L'INSUFFISANCE CARDIAQUE

[97] Comme il a été mentionné précédemment, Pharmascience allègue la non-contrefaçon du brevet '457 pour le motif qu'elle ne demande pas son

insufficiency. Aventis submits that the generic drug will be used by patients for the treatment of cardiac insufficiency, thereby infringing the '457 patent.

[98] In light of my conclusions that the NOA is inadequate and that the allegation of non-infringement of the '206 patent is not justified, the prohibition sought by Aventis will be granted irrespective of any decision related to the '457 patent. While the question is not moot, it is certainly not determinative of the application before me. The prohibition to be granted will be in effect whatever the decision might be on the merits of Aventis' submissions on this particular issue.

[99] I note that the '457 patent expires in December 2005—long before the expiry of the '206 patent. Thus, any determination of this secondary issue would have applicability for a very short time. Accordingly, there is no need for me to consider this issue.

CONCLUSION

[100] For the above reasons, the application for prohibition will be granted. The Minister will be prohibited from issuing the notice of compliance.

[101] The issue of costs was addressed by the parties at the commencement of the hearing. Having taken into account the submissions of the parties, having regard to the fact that costs should be awarded in favour of the successful parties (Aventis and Schering) and upon considering the factors in awarding costs set out in subsection 400(3) of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)], in my discretion I will order that costs be awarded to Aventis and Schering to be assessed in accordance with the following directions:

(1) Costs are to be assessed on the basis of the middle of column III of Tariff B;

approbation pour le traitement de l'insuffisance cardiaque. Aventis soutient que le médicament générique sera utilisé par des patients pour le traitement de l'insuffisance cardiaque, ce qui contrefait le brevet '457.

[98] Étant donné que j'ai conclu que l'avis d'allégation est insuffisant et que l'allégation de non-contrefaçon du brevet '206 n'est pas fondée, l'interdiction demandée par Aventis sera accordée peu importe la décision rendue relativement au brevet '457. Bien que cette question ne revête pas simplement un intérêt théorique, elle n'est certainement pas déterminante pour la demande dont j'ai été saisie. L'interdiction qui sera accordée s'appliquera, peu importe la décision qui pourrait être rendue sur le fond quant aux observations faites par Aventis sur cette question particulière.

[99] Je signale que le brevet '457 expire en décembre 2005—soit longtemps avant le brevet '206. C'est pourquoi toute décision rendue sur cette question accessoire ne s'appliquerait que pendant une très courte période. Par conséquent, il est inutile que j'examine cette question.

CONCLUSION

[100] Pour les motifs qui précèdent, la demande d'interdiction sera accueillie. Il sera interdit au ministre de délivrer l'avis de conformité.

[101] La question des dépens a été abordée par les parties au début de l'audience. Après avoir examiné les observations des parties, compte tenu du fait que des dépens devraient être accordés aux parties qui ont eu gain de cause (Aventis et Schering) et compte tenu des facteurs énoncés au paragraphe 400(3) des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] en ce qui concerne l'adjudication des dépens, j'exercerai donc mon pouvoir discrétionnaire pour ordonner que des dépens soient attribués à Aventis et Schering et taxés conformément aux directives suivantes:

1) les dépens doivent être taxés selon le montant moyen de la colonne III du tarif B;

(2) Aventis is entitled to costs for second counsel;

(3) Schering is not entitled to costs for second counsel;
and

(4) Aventis and Schering are entitled to reasonable disbursements.

[102] In issuing these directions as to costs, I recognize Pharmascience's submission that Aventis and Schering should not both be entitled to costs. However, I have rejected this position on the basis that both parties made substantial contributions to this application. I was assisted greatly by both Aventis and Schering.

2) Aventis a droit aux dépens pour le second avocat;

3) Schering n'a pas droit aux dépens pour le second avocat;

4) Aventis et Schering ont droit à des débours raisonnables.

[102] En donnant ces directives quant aux dépens, je reconnais la valeur de l'argument de Pharmascience selon lequel Aventis et Schering ne devraient pas avoir droit toutes les deux aux dépens. Toutefois, j'ai rejeté cet argument pour le motif que les deux parties ont contribué de façon importante à la demande. Aventis et Schering m'ont beaucoup aidée.

T-1180-04
2005 FC 420

T-1180-04
2005 CF 420

Brian Murdoch (*Applicant*)

Brian Murdoch (*demandeur*)

v.

c.

The Royal Canadian Mounted Police (*Respondent*)

Gendarmerie Royale du Canada (*défenderesse*)

and

et

The Privacy Commissioner of Canada (*Intervener*)

Le commissaire à la protection de la vie privée du Canada (*intervenant*)

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

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

Federal Court, Noël J.—Edmonton, March 15; Ottawa, March 29, 2005.

Cour fédérale, juge Noël—Edmonton, 15 mars; Ottawa, 29 mars 2005.

Privacy — Judicial review of Privacy Commissioner's decision no penalty available to applicant under Privacy Act for respondent's unauthorized breach of privacy — Respondent providing file relating to applicant's behaviour at scene of incident involving son to employer—Applicant filing complaint with Privacy Commissioner — Commissioner determining applicant's wrongful disclosure complaint well-founded, but holding no further remedy available as no penalty under Act for such violation — Act, ss. 35(1), (2) requiring Commissioner provide report of findings, recommendations to head of appropriate government institution, complainant when complaint well-founded — Commissioner's power limited to what legislator decided it be, i.e. power of recommendation (offering of non-binding advice) — Federal Court's powers to grant remedies restricted to powers conferred on Commissioner — Commissioner complying with Act, ss. 35(1), (2), not erring in refusing to provide penalty — No further remedy available in F.C. — Application dismissed.

Protection des renseignements personnels — Contrôle judiciaire de la décision du commissaire à la protection de la vie privée du Canada suivant laquelle le demandeur n'avait droit à aucune pénalité en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels pour réparer l'atteinte au droit à la vie privée dont il avait été victime de la part de la défenderesse — La défenderesse avait communiqué à l'employeur du demandeur un dossier concernant le comportement du demandeur sur les lieux d'un incident impliquant son fils — Le demandeur a déposé une plainte auprès du commissaire à la protection de la vie privée — Le commissaire a jugé la plainte de divulgation illicite bien fondée, mais a informé le demandeur qu'il ne pouvait obtenir aucune autre réparation, étant donné qu'aucune pénalité ne pouvait être infligée en vertu de la Loi pour réparer cette atteinte — Aux termes des art. 35(1) et (2) de la Loi, lorsqu'il conclut au bien-fondé de la plainte, le commissaire est tenu de rendre compte de ses conclusions et de ses recommandations au responsable de l'institution fédérale compétente ainsi qu'au plaignant — Les pouvoirs du commissaire se limitent à ceux que le législateur lui a assignés, c.-à-d. des pouvoirs de recommandation (non obligatoires) — Les pouvoirs de réparation de la Cour fédérale se limitent à ceux conférés au commissaire — Le commissaire s'est conformé aux art. 35(1) et (2) et il n'a pas commis d'erreur en refusant d'infliger une pénalité — La Cour fédérale ne peut accorder aucune autre réparation — Demande rejetée.

Construction of Statutes — Whether Privacy Commissioner having power to fashion remedies for unauthorized breaches of Privacy Act beyond those specified in Act — Act making it clear Commissioner limited to power of recommendation — Nothing in Act suggesting "recommendation" includes

Interprétation des lois — Le commissaire à la protection de la vie privée a-t-il le pouvoir d'accorder de son propre chef d'autres réparations que celles qui sont précisées dans la Loi? — Il ressort à l'évidence de la Loi que le commissaire est investi d'un pouvoir de recommandation limité — Rien dans

anything other than non-binding advice — Courts not to add powers to statutory body's jurisdiction where provisions of Act clear, not subject to interpretation — Privacy Act making it clear Commissioner ombudsperson capable of making recommendations, not adjudicative body capable of granting damages — Reading in remedy of compensation contrary to legislator's intention.

This was an application for judicial review of a decision of the Office of the Privacy Commissioner of Canada advising the applicant that no penalty was available under the *Privacy Act* to further remedy the respondent's unauthorized breach of his privacy.

The applicant's son had been involved in an altercation with police. The applicant's behaviour at the scene of the incident was such that the respondent considered filing charges. Although no charges were laid, the respondent's file in relation to this incident was provided to the applicant's employer (the Edmonton Police Service). The applicant filed a complaint with the Privacy Commissioner, and the Commissioner determined that the applicant's complaint of wrongful disclosure was well-founded, and informed the respondent of this finding. However, as there was no penalty under the *Privacy Act* for such a violation, the Commissioner held that it was not able to remedy the situation further.

The issue was whether the Privacy Commissioner has the power to fashion remedies for unauthorized breaches of the *Privacy Act* beyond those specified in the Act, and if it does, whether the Commissioner erred in advising the applicant that no penalty could be imposed.

Held, the application should be dismissed.

Subsections 35(1) and (2) of the *Privacy Act* provide that when it finds that a complaint is well founded, the Privacy Commissioner is required to provide the head of the appropriate government institution as well as the complainant with a report containing its findings and recommendations (where any are made).

la Loi ne permet de penser qu'un pouvoir de recommandation comporte quelque chose de plus que le fait de donner un conseil qui n'a aucun caractère obligatoire — La Cour ne doit pas élargir la compétence d'un organisme constitué par la loi lorsque les dispositions législatives créant cet organisme sont claires et ne prêtent à aucune interprétation — Le législateur voulait de toute évidence que le commissaire agisse comme un protecteur du citoyen et non comme un organisme juridictionnel habilité à accorder des dommages-intérêts — Intégrer par interprétation large une réparation d'indemnisation irait à l'encontre de la volonté du législateur.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada a informé le demandeur qu'aucune pénalité ne pouvait être infligée en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* pour réparer davantage l'atteinte au droit à la vie privée dont il avait été victime de la part de la défenderesse.

Le fils du demandeur avait été impliqué dans une altercation avec la police. À cause du comportement affiché par le demandeur sur les lieux de l'incident, la GRC avait envisagé la possibilité de déposer des accusations d'entrave à la justice. Aucune accusation n'a jamais été portée, mais l'incident a été signalé à l'attention de l'employeur du demandeur (le service de police d'Edmonton). Le demandeur a déposé une plainte auprès du commissaire à la protection de la vie privée, qui a estimé que la plainte de divulgation illicite du demandeur était bien fondée et qui a informé la défenderesse de cette conclusion. Mais, comme aucune pénalité ne pouvait être infligée en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* pour une telle violation, le commissaire a expliqué qu'il n'était pas en mesure de corriger davantage la situation.

La question en litige était celle de savoir si le commissaire à la protection de la vie privée a le pouvoir d'accorder de son propre chef d'autres réparations que celles qui sont précisées dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et, dans l'affirmative, si le commissaire a commis une erreur en faisant savoir au demandeur qu'il ne pouvait infliger aucune pénalité.

Jugement: la demande doit être rejetée.

Aux termes des paragraphes 35(1) et (2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, dans les cas où, au terme de son enquête, il conclut au bien-fondé de la plainte, le commissaire à la protection de la vie privée doit adresser au responsable de l'institution fédérale compétente un rapport dans lequel il présente les conclusions de son enquête ainsi que les recommandations qu'il juge indiquées. Il est également tenu de rendre compte au plaignant de ses conclusions et de ses recommandations (le cas échéant).

The jurisdiction of a statutory body (such as the Privacy Commissioner) is limited to what the legislator decided it should be. A proper reading of the Act makes it clear that the legislator wanted the Privacy Commissioner to be limited to a power of recommendation. As nothing in the Act suggests that the term "recommendation" includes anything other than what recommendations are usually considered to be, i.e. the offering of advice that is not binding, the Court should take this power (to make recommendations) no further. General principles of interpretation also suggest that a court should not add powers to the jurisdiction of a statutory body when the legislative provisions creating this body are clear and not subject to interpretation.

The Federal Court's powers to grant remedies on judicial review are largely restricted to the powers conferred on the initial deciding body (in this case, the Privacy Commissioner). Here, the Commissioner's remedial powers in relation to breaches of privacy are restricted to making findings and recommendations that are non-binding. The *Privacy Act* makes it clear that the legislator intended for the Privacy Commissioner to be an ombudsperson, not an adjudicative body. The process by which the Privacy Commissioner conducts its investigations is indicative of this conclusion. To read in the existence of a remedy of compensation would be going against the legislator's intention, for granting damages is more in the realm of an adjudicative body. A 1987 Report of the Standing Committee on Justice and Solicitor General, in which it is noted that no civil remedies are provided for in the Act, supports this interpretation. To date, no amendments have been made to the Act to include such remedies.

In the present case, subsections 35(1) and (2) of the *Privacy Act* were complied with. The Commissioner committed no error in not acting further on the applicant's complaint. Its obligations under the *Privacy Act* were fulfilled, and no further reward could be obtained in this Court.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

British North America Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5], s. 146.

La compétence d'un organisme créé par une loi (comme le commissaire à la protection de la vie privée) se limite à celle que le législateur lui a assignée. Selon l'interprétation qu'il convient de donner de la Loi, il est clair que le législateur fédéral voulait que le commissaire à la protection de la vie privée soit investi d'un pouvoir de recommandation limité. Comme rien dans la loi ne permet de penser qu'un pouvoir de recommandation comporte quelque chose de plus que ce qu'on considère normalement comme des «recommandations»—c'est-à-dire le fait de donner un conseil qui ne saurait équivaloir à une décision obligatoire—, la Cour ne doit pas donner une extension de sens plus large à ce pouvoir. De plus, il ressort des principes généraux d'interprétation des lois que le tribunal ne doit pas élargir la compétence d'un organisme constitué par la loi lorsque les dispositions législatives qui créent cet organisme sont claires et ne prêtent à aucune interprétation.

Les pouvoirs que possède la Cour fédérale pour corriger une situation déterminée lorsqu'elle est saisie d'une demande de contrôle judiciaire se limitent donc plus ou moins à ceux qui étaient conférés au tribunal qui a rendu la décision initiale (en l'occurrence, le commissaire à la protection de la vie privée). En l'espèce, les «pouvoirs de réparation» du commissaire se limitent à la formulation de conclusions et de recommandations qui n'ont aucun caractère obligatoire. Le législateur voulait de toute évidence que le commissaire à la protection de la vie privée agisse comme un protecteur du citoyen et non comme un organisme ayant le pouvoir de rendre des décisions juridictionnelles, ce que confirme la procédure que suit le commissaire à la protection de la vie privée lorsqu'il mène ses enquêtes. Intégrer par interprétation large une réparation irait à l'encontre de la teneur du texte de loi, car la condamnation à des dommages-intérêts relève davantage des pouvoirs des organismes juridictionnels. Cette interprétation est confirmée par le rapport publié en 1987 dans lequel le Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général constate que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne renferme aucune réparation civile. Jusqu'à maintenant, le législateur n'a pas modifié la Loi pour y insérer ce genre de réparation.

En l'espèce, les paragraphes 35(1) et (2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ont été respectés. Le commissaire à la protection de la vie privée n'a pas commis d'erreur en ne donnant pas suite à la plainte du demandeur. Il a rempli les obligations que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* mettait à sa charge et le demandeur ne pouvait obtenir d'autre réparation devant la Cour fédérale.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, appendice II,

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

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 303(1).

Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 2, 7, 8 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Suppl.), c. 20, s. 13; S.C. 1994, c. 35, s. 39; 2000, c. 7, s. 26; 2004, c. 11, s. 37), 12 (as am. by S.C. 2001, c. 27, s. 269), 29(1)(a), 33(1),(2), 34 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 27, s. 187, Sch. V, item 6), 35, 37, 41, 48, 49, 50, 74.

n° 5], art. 146.

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 2, 7, 8 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 20, art. 13; L.C. 1994, ch. 35, art. 39; 2000, ch. 7, art. 26; 2004, ch. 11, art. 37), 12 (mod. par L.C. 2001, ch. 27, art. 269), 29(1)a), 33(1),(2), 34 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 187, ann. V, n° 6), 35, 37, 41, 48, 49, 50, 74.

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

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 303(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. (Canada) v. R. (P.E.I.), [1978] 1 F.C. 533; (1977), 83 D.L.R. (3d) 492; 33 A.P.R. 477; 20 N.R. 91 (C.A.).

REFERRED TO:

Boucher v. Canada (Attorney General) (2000), 252 N.R. 186 (F.C.A.); *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385; (1992), 89 D.L.R. (4th) 218; 3 Admin. L.R. (2d) 242; 133 N.R. 345.

AUTHORS CITED

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Solicitor General on the Review of the Access to Information Act and the Privacy Act. *Report: Open and Shut: Enhancing the Right to Know and the Right to Privacy*. Ottawa: Queen's Printer, 1987.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Office of the Privacy Commissioner of Canada dated May 25, 2004 that no penalty was available to the applicant under the *Privacy Act* to further remedy the respondent's unauthorized breach of his privacy. Application dismissed.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE:

R. (Canada) c. R. (Î.-É.-P.), [1978] 1 C.F. 533; (1977), 83 D.L.R. (3d) 492; 33 A.P.R. 477; 20 N.R. 91 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Boucher c. Canada (Procureur général) (2000), 252 N.R. 186; [2000] A.C.F. n° 86 (QL) (C.A.); *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385, (1992), 89 D.L.R. (4th) 218; 3 Admin. L.R. (2d) 242; 133 N.R. 345.

DOCTRINE CITÉE

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général sur l'examen de la Loi sur l'accès à l'information et la Loi sur la protection des renseignements personnels. *Rapport: Une question à deux volets: Comment améliorer le droit d'accès à l'information tout en renforçant les mesures de protection des renseignements personnels*. Ottawa: Imprimerie de la Reine, 1987.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision en date du 25 mai 2004 par laquelle le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada a informé le demandeur qu'aucune pénalité ne pouvait être infligée en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* pour réparer davantage l'atteinte au droit à la vie privée dont il avait été victime de la part de la défenderesse. Demande rejetée.

APPEARANCES:

G. Brent Gawne for applicant.
Barry M. Benkendorf for respondent.
Steven J. Welchner for intervener.

SOLICITORS OF RECORD:

G. Brent Gawne, Edmonton, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.
Welchner Law Office, Ottawa, for intervener.

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

[1] NOËLJ.: This is an application for judicial review of a decision of the Office of the Privacy Commissioner of Canada (the Privacy Commissioner), dated May 25, 2004, advising Brian Murdoch (Mr. Murdoch, or the applicant) that no penalty was available under the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21 (the *Privacy Act*, or the Act), to further remedy a breach of privacy committed against him by the respondent, the Royal Canadian Mounted Police (the RCMP). The applicant seeks:

- An order quashing the decision of the Privacy Commissioner that no penalty existed to remedy the breach of the applicant's privacy;
- A declaration that the Privacy Commissioner has implied power to impose relief such as a penalty;
- An order remitting the matter back to the Privacy Commissioner for redetermination as to an appropriate remedy;
- His costs in the matter; and,
- Such further and other order or relief as this Court might direct.

ONT COMPARU:

G. Brent Gawne pour le demandeur.
Barry M. Benkendorf pour la défenderesse.
Steven J. Welchner pour l'intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

G. Brent Gawne, Edmonton, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.
Welchner Law Office, Ottawa, pour l'intervenant.

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

[1] LEJUGENOËL: La Cour statue sur une demande de contrôle judiciaire d'une décision en date du 25 mai 2004 par laquelle le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada (le commissaire à la protection de la vie privée) a informé Brian Murdoch (M. Murdoch, le demandeur) qu'aucune pénalité ne pouvait être infligée en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21 (la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ou la Loi) pour réparer davantage l'atteinte au droit à la vie privée commise contre lui par la défenderesse, la Gendarmerie Royale du Canada (la GRC). Le demandeur sollicite les réparations suivantes:

- une ordonnance annulant la décision du commissaire à la protection de la vie privée suivant laquelle il n'existe aucune pénalité pour réparer l'atteinte au droit à la vie privée subie par le demandeur;
- un jugement déclarant que le commissaire à la protection de la vie privée a le pouvoir implicite d'infliger une pénalité à titre de réparation;
- une ordonnance renvoyant l'affaire au commissaire à la protection de la vie privée pour qu'il rende une nouvelle décision au sujet de la réparation appropriée;
- les dépens;
- toute autre ordonnance ou réparation que la Cour pourrait juger bon d'accorder.

ISSUE

[2] The issue before me is whether or not the Privacy Commissioner has the power, either explicit or implied, to fashion remedies for unauthorized breaches of the *Privacy Act* beyond those specified in the Act. The answer to this question will in turn help answer that of whether or not the Privacy Commissioner in this case erred in advising the applicant that no penalty could be imposed by it.

CONCLUSION

[3] For the reasons outlined below, the answer to this first question is that the Privacy Commissioner only has limited power to remedy breaches of the *Privacy Act*, as outlined in sections 35 and 37 of the Act. In the circumstances, therefore, the Privacy Commissioner did not err in denying the award of a penalty to the applicant.

BACKGROUND & DECISION UNDER REVIEW

[4] In September 2002, Mr. Murdoch's son was involved in an altercation with police following which Mr. Murdoch was called to give him assistance. Because of Mr. Murdoch's behaviour upon his arrival at the scene, the RCMP considered filing charges of obstruction. No charges were ever laid against any party in relation to this incident, but the RCMP detachment file concerning the incident was provided by the RCMP to Mr. Murdoch's employer (the Edmonton Police Service).

[5] In March 2003, Mr. Murdoch filed a complaint with the Privacy Commissioner that, in addition to other wrongful conduct, the RCMP breached the *Privacy Act* when it disclosed personal information to his employer, the Edmonton Police Service, without either his consent

QUESTION EN LITIGE

[2] La question qui m'est soumise est celle de savoir si le commissaire à la protection de la vie privée a le pouvoir, explicite ou implicite, d'accorder de son propre chef d'autres réparations que celles qui sont précisées dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels* en cas de contravention à la loi en question. La réponse à cette question nous aidera à son tour à répondre à celle de savoir si le commissaire à la protection de la vie privée a commis une erreur en l'espèce en faisant savoir au demandeur qu'il ne pouvait infliger aucune pénalité.

CONCLUSION

[3] Pour les motifs ci-après exposés, la réponse à la première question est la suivante: le commissaire à la protection de la vie privée dispose uniquement du pouvoir limité de réparer la violation de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* qui est précisé aux articles 35 et 37 de la Loi. Dans ces conditions, le commissaire à la protection de la vie privée n'a donc pas commis d'erreur en refusant d'accorder une pénalité au demandeur.

GENÈSE DE L'INSTANCE ET DÉCISION À L'EXAMEN

[4] En septembre 2002, le fils de M. Murdoch a été impliqué dans une altercation avec la police, à la suite de quoi M. Murdoch a été appelé pour lui porter secours. À cause du comportement qu'a affiché M. Murdoch à son arrivée sur les lieux, la GRC a envisagé la possibilité de déposer des accusations d'entrave à la justice. Aucune accusation n'a jamais été portée contre qui que ce soit relativement à cet incident, mais la GRC a communiqué à l'employeur de M. Murdoch (le service de police d'Edmonton) le dossier du détachement de la GRC relatif à l'incident en question.

[5] En mars 2003, M. Murdoch a déposé une plainte auprès du commissaire à la protection de la vie privée au motif qu'en plus d'autres agissements illicites, la GRC avait violé la *Loi sur la protection des renseignements personnels* en divulguant des renseignements personnels

or a lawful reason for such disclosure.

[6] Upon concluding the investigation into the complaint, the Privacy Commissioner determined, in a decision dated May 25, 2004, that Mr. Murdoch's complaint of wrongful disclosure was well-founded. The report also indicated that the RCMP had been informed of this finding and that it was in agreement. The report then went on to state that since there was no penalty under the *Privacy Act* for such a violation, the Privacy Commissioner was not able to remedy the situation further:

Our review of the file the RCMP provided to your employer confirmed that it contains personal information about you as defined in section 3 of the *Privacy Act*. As that is the case, the information could properly be disclosed only with your consent or in accordance with one of the permissible disclosure provisions outlined in section 8(2) of the *Act*. In this case, it is clear that you did not provide your consent and I am satisfied that none of the provisions of section 8(2) of the *Act* is [*sic*] applicable. Under the circumstances, I am of the view that the confidentiality rights afforded you under the *Privacy Act* were violated by the RCMP.

I consider this disclosure of your information to constitute a serious violation of your privacy rights and my views in this regard have been made known to officials of the RCMP, who readily agree. While this finding does not mitigate the damage done, we nevertheless hope that this incident has served to remind the RCMP of its responsibilities under the *Privacy Act*. Unfortunately, there is no penalty under the *Act* for this breach of your privacy, and there is really nothing more that our Office can do to assist you further.

This completes our investigation of these matters on your behalf. Please note that the RCMP has been informed of the results. . . . [My emphasis.]

[7] Notice of this application for judicial review was filed with the Federal Court on June 18, 2004. On August 11, 2004, the Privacy Commissioner filed a motion to have the application struck out or dismissed,

le concernant à son employeur, le service de police d'Edmonton, sans son consentement et sans raison licite.

[6] Après avoir enquêté sur la plainte, le commissaire à la protection de la vie privée a estimé, dans une décision datée du 25 mai 2004, que la plainte de divulgation illicite de M. Murdoch était bien fondée. Le rapport précisait également que la GRC avait été informée de cette conclusion et qu'elle y souscrivait. Le rapport expliquait ensuite que, comme aucune pénalité ne pouvait être infligée en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* pour une telle violation, le commissaire à la protection de la vie privée n'était pas en mesure de corriger davantage la situation:

[TRADUCTION] Notre examen du dossier que la GRC a communiqué à votre employeur confirme que ce dossier renferme des renseignements personnels à votre sujet au sens de l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Dans ces conditions, ces renseignements ne pouvaient légitimement être divulgués qu'avec votre consentement ou en conformité avec l'une des dispositions du paragraphe 8(2) de la Loi portant sur les cas de communication permise. En l'espèce, il est évident que vous n'avez pas donné votre consentement et je suis convaincu qu'aucune des dispositions du paragraphe 8(2) de la Loi ne s'applique. Dans ces conditions, je suis d'avis que la GRC a violé vos droits à la confidentialité qui vous sont garantis par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

J'estime que cette divulgation de renseignements personnels constitue une violation sérieuse de vos droits à la protection de la vie privée et j'ai fait part de mes vues à ce sujet à des officiers de la GRC, qui abondent dans mon sens. Bien que cette conclusion n'atténue pas le préjudice qui a été causé, nous espérons toutefois que cet incident a servi à rappeler à la GRC les obligations que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* met à sa charge. Malheureusement, la Loi ne prévoit pas de pénalité pour cette violation de votre droit à la vie privée, et nous sommes au regret de vous dire que notre Bureau ne peut rien faire de plus pour vous aider.

Voilà donc le résultat de l'enquête que nous avons menée pour votre compte. Sachez que la GRC a été informée du résultat de notre enquête [. . .] [Non souligné dans l'original.]

[7] Un avis de la présente demande de contrôle judiciaire a été déposé à la Cour fédérale le 18 juin 2004. Le 11 août 2004, le commissaire à la protection de la vie privée a déposé une requête en vue de faire radier ou

which was rejected by Prothonotary Tabib on September 3, 2004.

SUBMISSIONS

The Applicant

[8] The applicant submits that the Privacy Commissioner committed a reviewable error in determining it was unable to provide a remedy to the applicant for what it admitted was a breach of the applicant's rights under the *Privacy Act*. The applicant states that where there is a statutory right (in this case, to privacy) with no expressed sanction for a breach of such right, there is *prima facie* an implied right to be compensated for any breach of this right.

[9] The applicant further states that since the Privacy Commissioner is charged with investigating and making findings on complaints under the *Privacy Act*, the only way in which the Privacy Commissioner can fully comply with its statutory duties is by exercising its authority in a manner that gives effect to such an implied right. To do otherwise, in the view of the applicant, is to countenance a right without a remedy, which runs counter to legal precedent. Therefore, the applicant submits that a remedy such as the granting of a penalty against a party who discloses personal information without the consent of the individual concerned should be read in to section 35 of the Act.

The Respondents

[10] On March 9, 2005, a few days before the hearing, the Privacy Commissioner, who along with the RCMP had been named as a respondent to the applicant's application, filed a motion pursuant to subsection 303(1) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)], with the applicant's consent, whereby it requested to be removed as respondent and added as intervenor. It had already filed a memorandum of fact and law as respondent (which was limited to arguments on jurisdiction), upon which it wished to rely

rejetter la demande, qui a été rejetée par la protonotaire Tabib le 3 septembre 2004.

PRÉTENTIONS ET MOYENS DES PARTIES

Le demandeur

[8] Le demandeur soutient que le commissaire à la protection de la vie privée a commis une erreur justifiant l'intervention de la Cour en estimant qu'il n'était pas en mesure d'accorder une réparation au demandeur pour ce qu'il admettait être une violation des droits garantis au demandeur par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Le demandeur affirme que, lorsque la loi confère un droit (en l'occurrence, le droit à la vie privée) sans prévoir expressément de sanction en cas de violation de ce droit, il existe à première vue un droit implicite d'indemnisation en cas de violation de ce droit.

[9] Le demandeur explique en outre que, comme le commissaire à la protection de la vie privée est chargé de mener des enquêtes et de formuler des conclusions en réponse aux plaintes portées en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, la seule manière dont le commissaire à la protection de la vie privée peut s'acquitter intégralement des fonctions que la loi met à sa charge est d'exercer ses pouvoirs de manière à donner effet à un tel droit implicite. Agir autrement, selon le demandeur, revient à conférer un droit sans l'assortir d'une réparation en cas de violation, ce qui va à l'encontre de la jurisprudence. Le demandeur fait donc valoir qu'il y a lieu d'intégrer à l'article 35 de la Loi une réparation consistant à condamner à une pénalité celui qui révèle des renseignements personnels sans le consentement du principal intéressé.

Les défendeurs

[10] Le 9 mars 2005, quelques jours avant l'audience, le commissaire à la protection de la vie privée qui, avec la GRC, avait été constitué défendeur à la demande du demandeur, a déposé en vertu du paragraphe 303(1) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], avec le consentement du demandeur, une requête visant à être mis hors de cause en qualité de défendeur et à être constitué intervenant. Il avait déjà déposé un mémoire des faits et du droit en qualité de défendeur (mémoire qui se limitait

as interveners. This motion was granted at the beginning of the hearing, so I shall refer to the Privacy Commissioner in these reasons accordingly, and the following order also reflects this.

[11] The Privacy Commissioner submits that it is beyond doubt that, as a statutory ombudsperson, it does not have the legal authority to adjudicate complaints, or to otherwise enforce the *Privacy Act* by means of awarding remedial relief to complainants. In the Privacy Commissioner's opinion, allowing the applicant's application for judicial review would amount to transforming it into an adjudicative body with broad powers of enforcement, thus extending far beyond its legislatively-intended role. A clear and unambiguous reading of the *Privacy Act* shows that Parliament intended the Privacy Commissioner to be a body with the statutory authority to investigate complaints of alleged breaches of the *Privacy Act* and to report non-binding findings and recommendations (if any) to the parties involved. No further powers should be imputed.

[12] In making its finding that Mr. Murdoch's complaint was well founded, and in further communicating this finding to both Mr. Murdoch and the RCMP, the Privacy Commissioner carried out its statutory obligations under section 35 of the *Privacy Act*. The Privacy Commissioner claims that not only does it have no further obligations, it in fact has no further authority under the *Privacy Act* to make binding determinations or to award remedial relief such as that requested by the applicant.

[13] The RCMP did not file a separate memorandum of fact and law, but instead indicated its intention to rely on the submissions filed by the Privacy Commissioner.

à des arguments portant sur la compétence) et il souhaitait invoquer ce mémoire en qualité d'intervenant. Cette requête a été accueillie à l'ouverture de l'audience. Je vais donc désigner en conséquence le commissaire à la protection de la vie privée dans les présents motifs ainsi que dans l'ordonnance.

[11] Le commissaire à la protection de la vie privée affirme qu'il est incontestable qu'en tant que protecteur du citoyen, soit un organisme créé par la loi, il n'est pas légalement habilité à statuer sur des plaintes ou à veiller autrement à l'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* en accordant des réparations aux plaignants. Suivant le commissaire à la protection de la vie privée, accueillir la demande de contrôle judiciaire du demandeur reviendrait à le transformer en un organisme juridictionnel doté de vastes pouvoirs en matière d'application de la loi, ce qui déborderait largement le cadre des fonctions que le législateur entendait lui confier. Il ressort selon lui à l'évidence de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* que le législateur fédéral voulait que le commissaire à la protection de la vie privée soit un organisme légalement habilité à faire enquête sur les plaintes portant sur de présumées violations de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et à faire part de ses conclusions et recommandations non obligatoires aux personnes concernées. On ne saurait lui imputer d'autres pouvoirs.

[12] En jugeant bien fondée la plainte de M. Murdoch et en communiquant cette conclusion tant à M. Murdoch qu'à la GRC, le commissaire à la protection de la vie privée a rempli les obligations que l'article 35 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* met à sa charge. Le commissaire à la protection de la vie privée affirme que, non seulement il n'a aucune autre obligation, mais qu'en fait il n'a aucun pouvoir en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* de rendre des décisions obligatoires ou d'accorder des réparations comme celle que réclame le demandeur.

[13] La GRC n'a pas produit de mémoire distinct, mais a plutôt indiqué son intention de s'en remettre aux observations formulées par le commissaire à la protection de la vie privée.

ANALYSIS

Standard of Review

[14] The question before me is necessarily one dealing with the scope of the Privacy Commissioner's jurisdiction. Such questions of jurisdiction are normally dealt with according to the standard of review of correctness: *Boucher v. Canada (Attorney General)* (2000), 252 N.R. 186 (F.C.A.), at page 188. The parties were in agreement that the applicable standard of review is that of correctness.

Analysis of the Privacy Commissioner's Jurisdiction and its Final Decision

[15] I have carefully reviewed the arguments of the applicant. The following paragraphs respond to these as a whole, but it should be kept in mind that each has been carefully studied in order to come to my final analysis and conclusions.

[16] The jurisdiction of the Privacy Commissioner to hear Mr. Murdoch's complaint of improper disclosure is set out in paragraph 29(1)(a) of the *Privacy Act*, which states:

29. (1) Subject to this Act, the Privacy Commissioner shall receive and investigate complaints

(a) from individuals who allege that personal information about themselves held by a government institution has been used or disclosed otherwise than in accordance with section 7 or 8;

[17] Under subsections 35(1) and (2) of the *Privacy Act*, where the Privacy Commissioner finds, as the result of an investigation, that a complaint is well founded, it is obligated to provide the head of the appropriate government institution with a report containing its findings, as well as any appropriate recommendations. It is also required to report these findings and recommendations (where any are made) to the complainant:

ANALYSE

Norme de contrôle

[14] La question qui m'est soumise porte nécessairement sur l'étendue des pouvoirs du commissaire à la protection de la vie privée. Ces questions de compétence sont normalement examinées en fonction de la norme de la décision correcte: *Boucher c. Canada (Procureur général)* (2000), 252 N.R. 186 (C.A.F.), à la page 188. Les parties conviennent que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte.

Analyse de la compétence du commissaire à la protection de la vie privée et de sa décision finale

[15] J'ai attentivement examiné les arguments du demandeur. Les paragraphes qui suivent constituent ma réponse générale à ces arguments, mais je tiens à souligner que j'ai étudié soigneusement chacun d'entre eux avant d'en arriver à mon analyse et à mes conclusions finales.

[16] La compétence du commissaire à la protection de la vie privée pour statuer sur la plainte de divulgation irrégulière de M. Murdoch est énoncée à l'alinéa 29(1)a) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, qui dispose:

29. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le Commissaire à la protection de la vie privée reçoit les plaintes et fait enquête sur les plaintes:

a) déposées par des individus qui prétendent que des renseignements personnels les concernant et détenus par une institution fédérale ont été utilisés ou communiqués contrairement aux articles 7 ou 8;

[17] Aux termes des paragraphes 35(1) et (2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, dans les cas où, au terme de son enquête, il conclut au bien-fondé de la plainte, le commissaire à la protection de la vie privée doit adresser au responsable de l'institution fédérale compétente un rapport dans lequel il présente les conclusions de son enquête ainsi que les recommandations qu'il juge indiquées. Il est également tenu de rendre compte au plaignant de ses conclusions et de ses recommandations (le cas échéant):

35. (1) If, on investigating a complaint under this Act in respect of personal information, the Privacy Commissioner finds that the complaint is well-founded, the Commissioner shall provide the head of the government institution that has control of the personal information with a report containing

(a) the findings of the investigation and any recommendations that the Commissioner considers appropriate; and

(b) where appropriate, a request that, within a time specified therein, notice be given to the Commissioner of any action taken or proposed to be taken to implement the recommendations contained in the report or reasons why no such action has been or is proposed to be taken.

(2) The Privacy Commissioner shall, after investigating a complaint under this Act, report to the complainant the results of the investigation, but where a notice has been requested under paragraph (1)(b) no report shall be made under this subsection until the expiration of the time within which the notice is to be given to the Commissioner.

[18] Section 41 of the *Privacy Act* outlines the circumstances in which a decision may be referred for judicial review before the Federal Court. This is largely confined to reviews of decisions where access to personal information has been refused. Section 41 reads as follows:

41. Any individual who has been refused access to personal information requested under subsection 12(1) may, if a complaint has been made to the Privacy Commissioner in respect of the refusal, apply to the Court for a review of the matter within forty-five days after the time the results of an investigation of the complaint by the Privacy Commissioner are reported to the complainant under subsection 35(2) or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those forty-five days, fix or allow. [My emphasis.]

Under a strict reading of the *Privacy Act*, then, the Federal Court does not even seem to have the jurisdiction to review a decision such as the present one, where personal information has not been withheld, but instead disclosed without authorization. However, section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], grants the Federal Court a broader jurisdiction to hear reviews of federal board, commission or many other administrative tribunal

35. (1) Dans les cas où il conclut au bien-fondé d'une plainte portant sur des renseignements personnels, le Commissaire à la protection de la vie privée adresse au responsable de l'institution fédérale de qui relèvent les renseignements personnels un rapport où:

a) il présente les conclusions de son enquête ainsi que les recommandations qu'il juge indiquées;

b) il demande, s'il le juge à propos, au responsable de lui donner avis, dans un délai déterminé, soit des mesures prises ou envisagées pour la mise en œuvre de ses recommandations, soit des motifs invoqués pour ne pas y donner suite.

(2) Le Commissaire à la protection de la vie privée rend compte au plaignant des conclusions de son enquête; toutefois, dans les cas prévus à l'alinéa (1)b), le Commissaire à la protection de la vie privée ne peut faire son compte rendu qu'après l'expiration du délai imparti au responsable de l'institution fédérale.

[18] L'article 41 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* précise les cas dans lesquels une décision peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire devant la Cour fédérale. Il s'agit en règle générale de cas où la communication de renseignements personnels a été refusée. L'article 41 est ainsi libellé:

41. L'individu qui s'est vu refuser communication de renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) et qui a déposé ou fait déposer une plainte à ce sujet devant le Commissaire à la protection de la vie privée peut, dans un délai de quarante-cinq jours suivant le compte rendu du Commissaire prévu au paragraphe 35(2), exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour. La Cour peut, avant ou après l'expiration du délai, le proroger ou en autoriser la prorogation. [Non souligné dans l'original.]

Selon une interprétation stricte de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, la Cour fédérale ne semble donc même pas avoir compétence pour contrôler une décision comme la présente, car il n'y a pas eu en l'espèce de refus de communiquer des renseignements personnels, mais bien divulgation sans autorisation. Toutefois, l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], confère à la Cour fédérale une

decisions. Its powers under such a judicial review, however, are not absolute:

18.1 . . .

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[19] The powers of the Federal Court to remedy a situation, then, are more or less limited to the powers conferred on the initial deciding body. As we have already seen, the Privacy Commissioner has very limited powers to remedy breaches of privacy under the Act. While it is able to investigate many different types of complaints regarding breaches of privacy and the collection, use and disclosure of personal information by government bodies under the *Privacy Act*, its “remedial

compétence plus large pour statuer sur les demandes de contrôle judiciaire des décisions des offices fédéraux. Ces pouvoirs de contrôle judiciaire ne sont toutefois pas absolus:

18.1 [. . .]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[19] Les pouvoirs que possède la Cour fédérale pour corriger une situation déterminée se limitent donc plus ou moins à ceux qui étaient conférés au tribunal qui a rendu la décision initiale. Comme nous l’avons déjà vu, le commissaire à la protection de la vie privée dispose de pouvoirs très limités lorsqu’il s’agit de réparer les atteintes au droit à la vie privée prévues par la Loi. Bien qu’il lui soit loisible de faire enquête sur divers types de plaintes portant sur des violations du droit à la vie privée

powers”, as such, are restricted to making findings and recommendations which are non-binding on the subject organization. As the respondent aptly states, the Privacy Commissioner has no authority, implicit or otherwise, to act as an adjudicator by making binding determinations on the parties to a complaint, nor does the *Privacy Act* allow the Privacy Commissioner to award any such remedial relief.

[20] The Privacy Commissioner has the right to ask for the disclosure of personal information under certain circumstances where a breach of access is claimed under section 12 [as am. by S.C. 2001, c. 27, s. 269] of the *Privacy Act*. However, as mentioned above, the only “remedy” it may accord in relation to these breaches is statutorily limited to the making of non-binding findings and recommendations. This power is found in section 35 of the *Privacy Act*. The only other section of the Act to grant any form of remedy for non-compliance with the Act is section 37, where the Privacy Commissioner determines a government institution is in violation of certain of its ongoing commitments regarding the collection, use and disclosure of personal information. Again, however, this is restricted to the issuance of non-binding findings and recommendations. No wider scope of remedies is available to the Privacy Commissioner.

[21] It is trite law that the jurisdiction of a statutory body (such as the Privacy Commissioner) is limited to what the legislator decided it should be. A proper reading of the Act and especially section 35 make it clear that the legislator wanted the Privacy Commissioner to be limited to a power of recommendation and no more.

et qu’il puisse recueillir auprès d’organismes gouvernementaux les renseignements personnels prévus par la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et les utiliser et les communiquer, ses «pouvoirs de réparation» comme tels se limitent à la formulation de conclusions et de recommandations qui n’ont aucun caractère obligatoire pour l’organisme visé. Ainsi que la défenderesse le souligne à juste titre, le commissaire à la protection de la vie privée n’a pas le pouvoir, implicite ou explicite, d’agir comme arbitre habilité à rendre des décisions ayant force exécutoire pour les parties à une plainte déterminée et la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne permet pas au commissaire à la protection de la vie privée d’accorder une telle réparation.

[20] Le commissaire à la protection de la vie privée a le droit de réclamer la communication de renseignements personnels dans certains cas lorsqu’une personne affirme que son droit d’accès garanti par l’article 12 [mod. par L.C. 2001, ch. 27, art. 269] de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* a été bafoué. Toutefois, ainsi que nous l’avons déjà mentionné, la seule «réparation» qu’il peut accorder relativement à ce type de violation est celle que prévoit la Loi, c’est-à-dire la formulation de conclusions et de recommandations n’ayant aucun caractère obligatoire. Ce pouvoir se trouve à l’article 35 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Le seul autre article de la Loi qui permet d’accorder une réparation en cas d’inobservation de la Loi est l’article 37, qui s’applique lorsque le commissaire à la protection de la vie privée estime qu’une institution fédérale a manqué à certains de ses engagements en ce qui concerne la collecte, l’utilisation et la communication de renseignements personnels. Mais, là encore, le seul pouvoir dont dispose le commissaire est celui de formuler des conclusions et des recommandations non contraignantes. Le commissaire à la protection de la vie privée ne dispose pas d’une gamme plus étendue de mesures de réparation.

[21] Il est de jurisprudence constante que la compétence d’un organisme créé par une loi (comme le commissaire à la protection de la vie privée) se limite à celle que le législateur lui a assignée. Selon l’interprétation qu’il convient de donner de la Loi, et spécialement de l’article 35, il est clair que le législateur

The term “recommendation” should be given its ordinary meaning. The Supreme Court of Canada has made it clear that where nothing in an Act suggests that the power of recommendation includes anything further than what we normally consider “recommendations” to be—that is, the offering of advice that is not binding—then the Court should take this power no further: *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385, at pages 399-400. I believe this is the case here. Furthermore, general principles of statutory interpretation suggest that a court should not add powers to the jurisdiction of a statutory body when the legislative provisions creating this body are clear and not subject to interpretation: see R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (Toronto: Butterworths, 2002), at page 19 *et seq.* (Sullivan).

[22] Nor is the Federal Court able to award any further remedies in a case such as the one at bar. As noted above, the Federal Court’s jurisdiction to review decisions of the Privacy Commissioner is found in section 41 of the *Privacy Act* (for those cases where access to personal information requested under section 12 has been refused) and subsection 18.1(3) of the *Federal Courts Act*. In addition to this, the power of the Federal Court to grant a remedy in such a situation is largely restricted to those which the Privacy Commissioner itself could order; i.e., the ordered disclosure of non-disclosed documents (see sections 48-50 of the *Privacy Act* and subsection 18.1(4) of the *Federal Courts Act*). Here, no such information has remained undisclosed, and so this remedy would not be appropriate.

[23] Relying on *R. (Canada) v. R. (P.E.I.)*, [1978] 1 F.C. 533 (C.A.), at pages 556-557, the applicant argues

fédéral voulait que le commissaire à la protection de la vie privée soit investi d’un pouvoir de recommandation limité et de rien de plus. Le terme «recommandation» doit être interprété dans son sens ordinaire. La Cour suprême du Canada a d’ailleurs bien précisé que, lorsque rien dans la loi ne permet de penser qu’un pouvoir de recommandation comporte quelque chose de plus que ce qu’on considère normalement comme des «recommandations»—c’est-à-dire le fait de donner un conseil qui ne saurait équivaloir à une décision obligatoire—, la Cour ne doit pas donner une extension de sens plus large à ce pouvoir: *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l’Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385, aux pages 399 et 400. Je crois que c’est le cas en l’espèce. De plus, il ressort des principes généraux d’interprétation des lois que le tribunal ne doit pas élargir la compétence d’un organisme constitué par la loi lorsque les dispositions législatives qui créent cet organisme sont claires et ne prêtent à aucune interprétation: voir R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (Toronto: Butterworths, 2002), aux pages 19 et suivantes (Sullivan).

[22] La Cour fédérale n’est pas non plus en mesure d’accorder d’autres réparations dans un cas comme le présent. Ainsi qu’il a déjà été signalé, la compétence de la Cour fédérale pour contrôler les décisions du commissaire à la protection de la vie privée se trouve à l’article 41 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (pour ce qui est des cas où la communication de renseignements personnels demandée en vertu de l’article 12 a été refusée) et au paragraphe 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales*. De plus, le pouvoir de la Cour fédérale d’accorder une réparation en pareil cas se limite essentiellement aux mesures que le commissaire à la protection de la vie privée pouvait lui-même ordonner, c’est-à-dire la communication de documents dont la divulgation a été refusée (voir les articles 48 à 50 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et le paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*). En l’espèce, il n’y a pas de renseignements de ce genre qui n’ont toujours pas été communiqués. Cette réparation ne serait donc pas appropriée.

[23] Se fondant sur l’arrêt *R. (Canada) c. R. (Î.-P.-É.)*, [1978] 1 C.F. 533 (C.A.), aux pages 556 et 557, le

that where there is a statutory right (such as privacy as per sections 7 and 8 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 20, s. 13; S.C. 1994, c. 35, s. 39; 2000, c. 7, s. 26; 2004, c. 11, s. 37] of the *Privacy Act*), yet no sanction is provided for the breach of this right, there is, *prima facie*, an implied right to be compensated for any breach. In this case, it is true that Chief Justice Jaccett, for the majority, in interpreting one of the statutory terms upon which Prince Edward Island was admitted into Confederation, section 146 of the *British North America Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5], came to the following conclusion [at pages 555-556]:

In my view, the result of conferring such statutory rights on the provinces in question, in the absence of any other sanction, was to confer a right on them to be compensated in respect of damages arising from breach thereof [the breach being an interruption of the ferry service between the Island and the Mainland, a service of the Government of Canada] . . .

In my view, when there is a statutory right to have something done with no express sanction for breach, there is, *prima facie*, an implied right to be compensated for a breach of such right; . . .

In order to come to this conclusion, Chief Justice Jaccett reviewed the statute in question and gave it the interpretation that he saw fit under the circumstances.

[24] The same approach has to be followed in the present case. A reading of the *Privacy Act* makes it clear that the legislator intended for the Privacy Commissioner to be an ombudsperson, not an adjudicative body. The process by which the Privacy Commissioner conducts its investigations is indicative of this conclusion: the investigation is to be conducted in private (subsection 33(1)); an opportunity to be heard is given to the parties, and no person has the right to be present, or to have access to or comment on the representations made by another person (see subsection 33(2)); the power to conduct investigations are such that they are not comparable to an adjudicative body (see section 34) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187, Sch. V,

demandeur fait valoir que lorsqu'un droit est prévu par la loi (comme le droit à la vie privée garanti par les articles 7 et 8 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 20, art. 13; L.C. 1994, ch. 35, art. 39; 2000, ch. 7, art. 26; 2004, ch. 11, art. 37] de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*), sans être assorti d'une sanction en cas de violation, il y a, à première vue, un droit implicite à indemnisation pour toute violation de ce droit. Dans cette affaire, il est vrai que le juge en chef Jaccett qui était appelé à interpréter, au nom des juges majoritaires, une des conditions d'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard à la Confédération qui était énoncée à l'article 146 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, appendice II, n^o 5] [aux pages 555 et 556], en est arrivé à la conclusion suivante:

À mon sens, le fait de conférer aux provinces ces droits statutaires, en l'absence de toute autre sanction, a eu comme conséquence de leur conférer le droit d'être indemnisées pour les dommages provenant de leur inexécution [en l'occurrence une interruption du service de traversiers entre l'Île et le continent, service que le Canada doit assurer] [. . .]

À mon avis, lorsqu'il existe un droit statutaire à l'exécution de quelque chose, mais pas de sanction expresse pour l'inexécution, il y a à première vue un droit implicite à indemnisation pour manquement à ce droit [. . .]

Pour en arriver à cette conclusion, le juge en chef Jaccett a examiné la loi en question et lui a donné l'interprétation qu'il jugeait appropriée dans les circonstances.

[24] Il convient de suivre la même démarche en l'espèce. Il ressort en effet de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* que le législateur voulait que le commissaire à la protection de la vie privée soit un protecteur du citoyen et non un organisme qui a le pouvoir de rendre des décisions. La procédure que suit le commissaire à la protection de la vie privée lorsqu'il mène ses enquêtes le confirme: ses enquêtes sont secrètes (paragraphe 33(1)); les parties doivent avoir la possibilité de présenter leurs observations et nul n'a le droit absolu d'être présent lorsqu'une autre personne présente des observations au commissaire, ni d'en recevoir communication ou de faire des commentaires à leur sujet (paragraphe 33(2)); les pouvoirs du

item 6]; and the Privacy Commissioner's tool of remedy is solely that of making findings on the complaint, as well as recommendations (see subsection 35(1)).

[25] The applicant argues that the purpose of the *Privacy Act* is helpful in reading the Act as including an implicit remedy of compensation. Section 2 reads as follows:

2. The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada that protect the privacy of individuals with respect to personal information about themselves held by a government institution and that provide individuals with a right of access to that information.

The applicant interprets "is to extend" or "à pour objet de compléter" (in the French version) as recognizing the implicit remedy of compensation given to the Privacy Commissioner when interpreting section 35 of the Act.

[26] I disagree. The purpose section of an Act is there to help in interpreting sections of an Act: see Sullivan, at page 210. It should not be used, as the applicant is attempting to do here, to justify the creation of a remedy. A reading of the *Privacy Act*, and specifically section 35, makes it clear that the legislator wanted the powers of remedy of the Privacy Commissioner to be limited to findings made with regard to a specific complaint and, if necessary, recommendations. To read in the existence of a remedy of compensation would be going against what has been clearly written, contrary to the end-solution prepared and specified by the legislator. Making recommendations and granting damages are two totally different functions. The act of making recommendations is one closely associated with ombudspersons, while granting damages is more in the realm of an adjudicative body's powers. The legislator clearly wanted the Privacy Commissioner to assume and perform duties belonging to an ombudsperson, not an adjudicative body. I have read the 1987 Report of the Standing Committee on

commissaire pour la tenue des enquêtes ne sont pas comparables à ceux d'un organisme juridictionnel (article 34) [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 187, ann. V, n° 6] et le seul outil de réparation dont dispose le commissaire à la protection de la vie privée est celui de tirer des conclusions au sujet de la plainte et de formuler des recommandations (paragraphe 35(1)).

[25] Le demandeur soutient qu'il est utile de tenir compte de l'objet de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* pour conclure que la Loi comporte une réparation implicite sous forme d'indemnité. L'article 2 est ainsi libellé:

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en matière de protection des renseignements personnels relevant des institutions fédérales et de droit d'accès des individus aux renseignements personnels qui les concernent.

Le demandeur interprète les expressions «à pour objet de compléter» et «*is to extend*» (dans la version anglaise) comme signifiant que le législateur y reconnaît la réparation implicite d'indemnisation dont dispose le commissaire à la protection de la vie privée lorsqu'il interprète l'article 35 de la Loi.

[26] Je ne suis pas de cet avis. L'article dans lequel est énoncé l'objet d'une loi vise à faciliter l'interprétation de cette loi (voir Sullivan, à la page 210). Il ne doit pas être utilisé, comme le demandeur cherche à le faire ici, pour justifier la création d'une réparation. Il ressort de la lecture de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, et plus spécialement de son article 35, que le législateur voulait que les pouvoirs de réparation du commissaire à la protection de la vie privée se limitent à la formulation de conclusions au sujet d'une plainte déterminée et, au besoin, à la formulation de recommandations. Intégrer par interprétation large une réparation d'indemnisation irait à l'encontre de la teneur du texte de loi et de la solution finale conçue et précisée par le législateur. La formulation de recommandations et la condamnation à des dommages-intérêts sont deux fonctions radicalement différentes. L'acte consistant à formuler des recommandations est étroitement associé au rôle de protecteur du citoyen, tandis que la condamnation à des dommages-intérêts relève des pouvoirs des

Justice and Solicitor General, on the Review of the Access to Information Act and the Privacy Act, called *Open and Shut: Enhancing the Right to Know and the Right to Privacy* (the Report). At pages 50 and 51 of the Report, it is noted that no civil remedies are provided for in the *Privacy Act* and recommended that such remedies be inserted. As of today, no such amendments have been made. This is not to imply that civil remedies for breach of privacy can never exist, but that, under the Act as it is currently structured, no such remedies are available.

[27] The only possible “remedy” available from the Privacy Commissioner is that outlined in subsections 35(1) and (2); i.e., that both the head of the institution involved and the complainant be provided with a report outlining the findings of the Privacy Commissioner’s investigation and any recommendations, if appropriate, as well as that (again, if appropriate) notice be given to the Privacy Commissioner of any action taken or proposed in order to implement any recommendations contained in this report or reasons why no such action has been or is proposed to be taken. In the present case, this was done: both the RCMP and Mr. Murdoch were advised that the RCMP’s actions violated the *Privacy Act*. No recommendations were made; therefore, the RCMP did not have to respond in kind. The Privacy Commissioner committed no error in not acting further on Mr. Murdoch’s complaint.

[28] Having said that, I note that the Privacy Commissioner does have the ability to comment on the situation in an annual or special report to Parliament.

organismes juridictionnels. Le législateur voulait de toute évidence que le commissaire à la protection de la vie privée assume et exécute des fonctions appartenant à un protecteur du citoyen et non celles relevant d’un organisme ayant le pouvoir de rendre des décisions juridictionnelles. J’ai lu le rapport publié en 1987 par le Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général sur l’examen de la Loi sur l’accès à l’information et de la Loi sur la protection des renseignements personnels, intitulé *Une question à deux volets: Comment améliorer le droit d’accès à l’information tout en renforçant les mesures de protection des renseignements personnels*. Aux pages 50 et 51 du Rapport, les auteurs signalent qu’aucune réparation civile n’est prévue dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et ils recommandent que de telles réparations y soient insérées. Or, aucune modification en ce sens n’a encore été apportée. Il ne faut pas en conclure pour autant qu’aucune réparation civile ne puisse jamais être accordée en cas de violation du droit à la vie privée, mais plutôt que, dans l’économie actuelle de la Loi, ce type de réparation n’est pas prévu.

[27] La seule «réparation» possible que le demandeur puisse obtenir du commissaire à la protection de la vie privée est celle qui est prévue aux paragraphes 35(1) et (2), en l’occurrence que l’administrateur général de l’institution en cause et le plaignant reçoivent tous les deux un rapport dans lequel le commissaire à la protection de la vie privée présente les conclusions de son enquête ainsi que les recommandations qu’il juge indiquées, ainsi que la transmission au commissaire d’un avis (là encore, s’il le juge à propos) soit des mesures prises ou envisagées pour la mise en œuvre des recommandations contenues dans ce rapport, soit des motifs invoqués pour ne pas y donner suite. En l’espèce, la GRC et M. Murdoch ont tous les deux été avisés que les actes accomplis par la GRC violaient la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Aucune recommandation n’a été faite. La GRC n’était donc pas tenue de répondre. Le commissaire à la protection de la vie privée n’a pas commis d’erreur en ne donnant pas suite à la plainte de M. Murdoch.

[28] Ceci étant dit, je constate que le commissaire à la protection de la vie privée a effectivement la capacité de formuler des observations au sujet de la situation dans

The Privacy Commissioner has sole discretion to decide whether such an action would be appropriate. I also note the availability of other remedies to the applicant. To this end, it is important to mention that section 74 of the *Privacy Act* only prohibits civil or criminal actions against a government institution for the wrongful disclosure of personal information where this disclosure is done in good faith. Therefore, if Mr. Murdoch can show bad faith on the part of the RCMP, it is possible he may have an action against them under the common law. In fact, the Court has been informed that the applicant has filed a statement of claim with the Queen's Bench of Alberta against certain members of the RCMP, including the officer who forwarded the RCMP file to his employer, the Edmonton Police Service.

CONCLUSION

[29] While it is understandable that Mr. Murdoch seeks a wider, larger remedy, ultimately in the form of a monetary penalty, there is no jurisdiction by which either the Privacy Commissioner or the Federal Court upon review may award such a remedy. Mr. Murdoch believes he has suffered "considerable embarrassment, humiliation and emotional distress" from the RCMP's unauthorized disclosure (see his notice of application). This indeed may be the case, and there may be other avenues open to Mr. Murdoch in which he may pursue further redress; in the circumstances, however, the Privacy Commissioner has fulfilled its obligations under the *Privacy Act*, and no further remedy may be obtained in this Court by the applicant for the breach of his privacy.

COSTS

[30] At the hearing, the subject of costs was raised, and it was both the intervener's and the respondent's position that costs were not being sought.

son rapport annuel au Parlement ou dans un rapport spécial à celui-ci. Le commissaire à la protection de la vie privée a le pouvoir discrétionnaire exclusif de se prononcer sur l'opportunité de ce genre de mesure. Je constate également que le demandeur dispose d'autres réparations. À cet égard, il est important de mentionner que l'article 74 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* interdit uniquement les actes civils ou criminels commis contre une institution fédérale en ce qui concerne la communication illicite de renseignements personnels lorsque cette communication est faite de bonne foi. En conséquence, si M. Murdoch peut démontrer que la GRC a agi de mauvaise foi, il est possible qu'une action lui soit ouverte en common law. En fait, la Cour a été informée que le demandeur a déposé une déclaration devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta contre certains membres de la GRC, y compris l'agent qui a transmis le dossier de la GRC à son employeur, le service de police d'Edmonton.

DISPOSITIF

[29] Bien qu'on puisse comprendre que M. Murdoch cherche à obtenir une réparation plus large, idéalement sous forme d'indemnité pécuniaire, ni le commissaire à la protection de la vie privée ni la Cour fédérale, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, n'ont compétence pour lui accorder une telle réparation. M. Murdoch estime qu'il a subi beaucoup [TRADUCTION] «d'embarras, d'humiliations et de détresse psychologique» en raison de la divulgation non autorisée de ses renseignements personnels par la GRC (voir son avis de demande). C'est peut-être effectivement le cas et M. Murdoch dispose peut-être d'autres solutions pour obtenir une autre réparation mais, eu égard aux circonstances de l'espèce, le commissaire à la protection de la vie privée a rempli les obligations que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* mettait à sa charge et le demandeur ne peut obtenir devant notre Cour d'autre réparation pour la violation de son droit à la vie privée.

DÉPENS

[30] À l'audience, le sujet des dépens a été abordé. Ni l'intervenant ni la défenderesse n'ont réclamé de dépens.

ORDER

This Court orders that:

- The respondent the Privacy Commissioner of Canada be removed as a party respondent;
- The Privacy Commissioner of Canada be granted leave to intervene in this application with all of the rights normally associated with party status; and,
- This application for judicial review be denied without costs.

ORDONNANCE

La Cour ordonne:

- Le défendeur, le commissaire à la protection de la vie privée du Canada, est mis hors de cause à titre de défendeur;
- Le commissaire à la protection de la vie privée du Canada est autorisé à intervenir dans la présente demande avec tous les droits normalement associés à la qualité de partie;
- La présente demande de contrôle judiciaire est rejetée sans frais.

DES-4-01
2005 FC 399

DES-4-01
2005 CF 399

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) (F.C.)

Federal Court, MacKay D.J.—Toronto, August 16, 2004; Halifax, March 22, 2005.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial review of lawfulness of Minister's delegate's decision refusing Immigration and Refugee Protection Act, s. 112 protection application on basis Mr. Jaballah posing extraordinary danger to security of Canada — Record before delegate including Canadian Security Intelligence Service security intelligence report, public summary statements, CSIS officer's testimony, but not reference documents, appendices footnoted in report, statements — Without these documents, appendices, delegate could not make independent, proper assessment of threat to Canada's security — Delegate could not rely on Court's earlier determination Ministers' certificate reasonable as that determination struck by F.C.A. — Delegate not adequately defining, explaining danger to Canada as required under Act, s. 113(d)(ii) — Delegate's assessment of exceptional circumstances justifying deportation to torture making no reference to circumstances facing Canada as a nation, warranting exception from Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 protection — No reference to balancing of fundamental rights, s. 1 exception — Failure to consider such factors relevant to determination Mr. Jaballah a danger error in law — Decision not adequately taking into account best interests of Mr. Jaballah's children, as required under Act, s. 25 — Application allowed.

AFFAIRE INTÉRESSANT un certificat 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 dépôt de ce certificat à la Cour fédérale du Canada;

ET Mahmoud Jaballah

RÉPERTORIÉ: JABALLAH (RE) (C.F.)

Cour fédérale, juge suppléant MacKay—Toronto, 16 août 2004; Halifax, 22 mars 2005.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Contrôle judiciaire de la légalité de la décision du représentant du ministre qui a rejeté la demande de protection déposée en vertu de l'art. 112 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés au motif que M. Jaballah représente un danger exceptionnel pour la sécurité au Canada — Le dossier dont disposait le représentant comprenait un Rapport sur les renseignements de sécurité préparé par le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS), des résumés publics, le témoignage public de l'agent du SCRS, mais aucun des documents de référence et annexes mentionnés dans les notes en bas de page du rapport et des résumés — Sans ces documents et annexes, le représentant ne pouvait faire une évaluation indépendante et adéquate du danger que M. Jaballah représentait pour la sécurité du Canada — Le représentant ne devait pas appuyer sa position sur la décision antérieure de la Cour déterminant que le certificat des ministres était raisonnable puisque cette décision a été invalidée par la C.A.F. — Le représentant n'a pas correctement défini ni expliqué la menace pour le Canada conformément à l'art. 113d)(ii) — Lors de son évaluation des circonstances exceptionnelles justifiant l'expulsion malgré un risque de torture; le représentant n'a pas fait mention des circonstances qui menaceraient le Canada en tant que nation qui justifieraient de déroger à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — Absence de pondération des droits fondamentaux ou d'examen des éléments de preuve qui justifieraient une exception à l'art. premier de la Charte — L'omission de tenir compte de certains facteurs pertinents pour décider que M. Jaballah représente un danger constitue une erreur de droit — La décision ne tient pas suffisamment compte des intérêts supérieurs des enfants de M. Jaballah, comme l'exige l'art. 25 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Demande accueillie.

This was an application for judicial review of the lawfulness of a decision by the Minister's delegate refusing Mr. Jaballah's application for protection under section 112 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Mr. Jaballah is a foreign national against whom a certificate was issued by the Ministers on the basis that he is inadmissible to Canada on grounds of security. The matter was referred to the Federal Court for a determination of the reasonableness of the certificate, and the proceedings were suspended to permit the Minister of Citizenship and Immigration to decide Mr. Jaballah's application for protection. The Minister's delegate refused this application, concluding that Mr. Jaballah poses an extraordinary danger to the security of Canada that outweighs the acknowledged risk to him of torture, death, or cruel and unusual punishment if returned to Egypt. At issue was the lawfulness of the delegate's assessment under subparagraph 113(d)(ii) of the Act that the application for protection be refused because of the danger that Mr. Jaballah constitutes to the security of Canada.

Held, the application should be allowed.

The record before the Minister's delegate included the Canadian Security Intelligence Service's (CSIS) security intelligence report (SIR), public summary statements based on that report, and testimony in public by a CSIS officer. The reference documents or appendices footnoted in the report and the summaries were not provided to the delegate. In *Mahjoub v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, the Court noted that a conclusion with respect to danger to the security of Canada requires evidence of a serious threat to national security, and without the confidential reference appendices to the SIR that set out the detailed information relied upon by CSIS, the delegate could not make an independent and proper assessment of the degree of threat to Canada's security. Although in that case the Court was dealing with a decision made pursuant to subsection 115(2) of the Act applicable to Convention refugees (who already qualify as persons in need of protection), whereas here the Court was dealing with a decision made pursuant to subparagraph 113(d)(ii) with respect to an application for protection by a foreign national, the essence of the decisions required in both cases is the same. As in *Mahjoub*, the process in this case was inadequate to support an independent assessment by the Minister's delegate of the danger Mr. Jaballah poses to the security of Canada. While there may be evidence that supports the conclusion of the delegate, the Court would usurp the statutory decision maker's responsibility if it were to assume that a similar outcome is inevitable if there is reconsideration of the application for protection.

Cette demande de contrôle judiciaire vise à déterminer la légalité de la décision prise par le représentant du ministre qui rejetait la demande de protection déposée par M. Jaballah en vertu de l'article 112 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. M. Jaballah est un étranger qui a fait l'objet d'un certificat délivré par les ministres demandeurs selon lequel il était à leur avis inadmissible au Canada pour des motifs se rapportant à la sécurité. Cette affaire a été renvoyée à la Cour fédérale pour qu'elle décide du caractère raisonnable du certificat et l'instance a été suspendue pour permettre au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de statuer sur la demande de protection de M. Jaballah. Le représentant du ministre a rejeté sa demande, jugeant que celui-ci représentait une menace exceptionnelle pour la sécurité du Canada qui l'emportait sur le risque de torture ou de mort et sur la possibilité de subir des traitements cruels et inusités auxquels il serait exposé s'il était renvoyé en Égypte. La Cour devait examiner la légalité de l'évaluation faite par le représentant du ministre, en vertu de l'alinéa 113(d)(ii) de la Loi, afin de justifier le refus de la demande de protection en raison de la menace que M. Jaballah constitue pour la sécurité au Canada.

Jugement: la demande doit être accueillie.

Le dossier dont disposait le représentant du ministre contenait le Rapport sur les renseignements de sécurité (RRS) du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS), des résumés publics fondés sur ce document et le témoignage public d'un agent du SCRS. Les documents de référence, les annexes mentionnées en note de bas de page du rapport et des résumés n'ont pas été fournis au représentant. Dans l'affaire *Mahjoub c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, la Cour a souligné que, pour conclure en un «danger [...] pour la sécurité du Canada», il faut la preuve d'une grave menace pour la sécurité nationale et que, sans les annexes confidentielles auxquelles renvoie le rapport secret où figurent les renseignements détaillés sur lesquels le SCRS s'est fondé, le représentant ne pouvait apprécier de manière valable et indépendante la mesure dans laquelle la personne constitue un danger pour la sécurité du Canada. Bien que, dans cette affaire, la Cour examinait une décision rendue en vertu du paragraphe 115(2) de la Loi qui s'applique aux réfugiés au sens de la Convention (qui sont déjà reconnues comme des personnes ayant besoin de protection), tandis que, en l'espèce, la Cour examinait une décision rendue en vertu de l'alinéa 113(d)(ii), s'agissant de l'examen d'une demande de protection déposée par un ressortissant étranger, l'essence des deux décisions est la même. Comme dans la décision *Mahjoub*, la procédure en l'espèce a été jugée insuffisante pour garantir l'indépendance de l'évaluation faite par le représentant du ministre, en ce qui concerne le danger que représentait M. Jaballah pour la sécurité du Canada. Même s'il existe des éléments de preuve justifiant la décision du représentant, la Cour usurperait le pouvoir décisionnaire que la Loi confère au

The delegate's decision relied in part on this Court's earlier determination that the Ministers' certificate was reasonable. As this determination was struck down by the F.C.A., it cannot be a finding to support the delegate's decision. Also, any determination that the Ministers' certificate is reasonable is not, in itself, a finding that Mr. Jaballah constitutes a danger to the security of Canada.

The delegate did not make an adequate assessment of the danger Mr. Jaballah constitutes to the security of Canada. The assessment of the Ministers' certificate as reasonable, and a review of the factors (such as Mr. Jaballah's membership in Al Jihad, a terrorist organization) upon which the certificate indicated security grounds (i.e. paragraphs 34(1)(b), (c), (f) of the Act) for concluding Mr. Jaballah is inadmissible to Canada, does not adequately define and explain the danger to Canada as required under subparagraph 113(d)(ii).

In assessing "exceptional circumstances" that would justify Mr. Jaballah's deportation to face torture, the Minister's delegate made no reference to circumstances facing Canada or its security, other than the conclusion that it is endangered by Mr. Jaballah's presence in Canada. In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, the S.C.C. referred to "exceptional circumstances" in terms of "natural disasters, the outbreak of war, epidemics and the like", and to cases where the exceptional circumstances referred to appear to concern those facing Canada as a nation. In the present case, the Minister's delegate made no reference to such circumstances that would warrant exception from the protection of section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, either in the balancing of fundamental rights or in the examination of evidence to support an exception based on section 1 of the Charter. The delegate's assessment of the danger posed by Mr. Jaballah also failed to consider the limits on his freedom should he remain in Canada. The delegate thus erred in law.

The delegate was required, pursuant to *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* as well as section 25 of the Act, to consider humanitarian and compassionate circumstances relating to Mr. Jaballah's family. The delegate's

représentant du ministre en prenant pour acquis que ce dernier parviendrait inévitablement à la même conclusion, advenant un nouvel examen de la demande de protection.

La décision du représentant était en partie fondée sur la décision antérieure de la Cour quant au caractère raisonnable du certificat du ministre. Comme cette décision a été invalidée par la Cour d'appel, elle ne peut servir de fondement à la décision du représentant du ministre. En outre, toute décision reconnaissant le caractère raisonnable du certificat des ministres ne constitue pas, en soi, une conclusion que M. Jaballah représente une menace pour la sécurité du Canada.

Le représentant n'a pas correctement évalué la menace que M. Jaballah représente pour la sécurité du Canada. La détermination du caractère raisonnable du certificat du ministre et l'examen des facteurs sur lesquels était fondé le certificat (tel que son appartenance à l'organisation terroriste «Al Jihad») attestant que M. Jaballah devait être interdit de territoire au Canada pour des motifs de sécurité (notamment les alinéas 34(1)b, c) et f) de la Loi), ne définissent pas et n'expliquent pas clairement la menace que le défendeur représente pour le Canada comme le requiert le sous-alinéa 113d)(ii).

Dans son évaluation des «circonstances exceptionnelles» qui justifieraient l'expulsion de M. Jaballah vers un pays où il risque la torture, le représentant du ministre n'a fait aucune mention des circonstances qui menaceraient la sécurité du Canada ou sa sécurité, hormis la conclusion que la seule présence de M. Jaballah sur le territoire canadien constitue un danger pour le Canada et sa sécurité. Dans *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, la Cour suprême mentionne les «circonstances exceptionnelles» que l'on doit prouver pour justifier l'expulsion malgré un risque de torture à savoir «les désastres naturels, le déclenchement d'hostilités, les épidémies et ainsi de suite», renvoyant à de ses arrêts où les circonstances exceptionnelles semblaient constituer une menace pour le Canada en tant que nation. En l'espèce, le représentant du ministre n'a fait aucune mention de telles circonstances qui justifieraient de déroger à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, soit dans la pondération des droits fondamentaux, soit dans l'examen des éléments de preuve qui justifieraient une exception à l'article premier de la Charte. Le représentant n'a pas tenu compte des conditions susceptibles de restreindre la liberté de M. Jaballah en territoire canadien lorsqu'il a évalué le danger que ce dernier représente pour la sécurité au Canada. De ce fait, le représentant a erré en droit.

Le représentant devait, conformément à la décision *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* et à l'article 25 de la Loi, tenir compte des motifs d'ordre humanitaires à l'égard de la famille de M. Jaballah. Toutefois,

consideration of these circumstances made no direct reference to the implications for Mr. Jaballah's family from his removal to face torture or death. As such, the decision did not adequately take into account the best interests of Mr. Jaballah's children as required under section 25.

For these reasons, the decision of the Minister's delegate to refuse the application for protection was not lawfully made and was set aside. No decision was made with respect to the reasonableness of the Ministers' certificate pending a decision by the Minister or his delegate on reconsideration of the application for protection.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7.
- Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36, Art. 1.
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(4) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(3)(f), 25, 34(1)(b),(c),(f), 77 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194), 78, 79 (as am. *idem*), 80, 112, 113(d)(ii), 115(2).
- Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 172.
- International Covenant on Civil and Political Rights*, December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47.
- Regulations Establishing a List of Entities*, SOR/2002-284.
- United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 SCC 1; *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; *Mahjoub v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 334; 2005 FC 156; *Almrei v. Canada (Minister*

le représentant n'a fait aucune mention directe des incidences pour la famille de M. Jaballah d'une éventuelle expulsion de ce dernier vers un pays où il risquerait la torture ou la mort. Ce faisant, la décision du représentant ne tenait pas compte des intérêts supérieurs des enfants de M. Jaballah comme l'exige l'article 25.

Pour les motifs exposés plus haut, la décision du représentant du ministre de refuser la demande de protection n'a pas été prise légalement et elle a été invalidée. Il n'a pas été statué sur le caractère raisonnable du certificat des ministres dans l'attente de la décision du ministre ou de son représentant après nouvel examen de la demande de protection.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7.
- Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36, art. 1.
- Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6.
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1(4) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2.
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(3)f), 25, 34(1b),c),f), 77 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194), 78, 79 (mod., *idem*), 80, 112, 113d),ii), 115(2).
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47.
- Règlement établissant une liste d'entités*, DORS/2002-284.
- Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 172.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 CSC 1; *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; *Mahjoub c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 334; 2005 CF 156; *Almrei*

of Citizenship and Immigration), 2005 FC 355; [2005] F.C.J. No. 437 (QL).

CONSIDERED:

Jaballah (Re), [2005] 1 F.C.R. 560; (2004), 242 D.L.R. (4th) 490; 38 Imm. L.R. (3d) 157; 325 N.R. 90; 2004 FCA 257; *Jaballah (Re)*, [2003] 4 F.C. 345; (2003), 28 Imm. L.R. (3d) 216; 2003 FCT 640; *Sogi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 517; (2004), 254 F.T.R. 129; 2004 FC 853; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; (1999), 216 N.B.R. (2d) 25; 177 D.L.R. (4th) 124; 26 C.R. (5th) 203; 244 N.R. 276; 50 R.F.L. (4th) 63.

REFERRED TO:

Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board, [1994] 1 S.C.R. 202; (1994), 115 Nfld. & P.E.I.R. 334; 111 D.L.R. (4th) 1; 21 Admin. L.R. (2d) 248; 163 N.R. 27; *Vézina v. Canada (Minister of National Revenue — M.N.R.)*, 2003 FCA 67; [2003] F.C.J. No. 201 (C.A.); *Cartier v. Canada (Attorney General)*, [2003] 2 F.C. 317; (2002), 2 Admin. L.R. (4th) 247; 300 N.R. 362; 2002 FCA 384.

APPLICATION for judicial review of the lawfulness of a decision of a Minister's delegate refusing Mr. Jaballah's application for protection made pursuant to section 112 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application allowed.

APPEARANCES:

Donald A. MacIntosh and *Negar Hashemi* for applicant Ministers.
Barbara L. Jackman and *John R. Norris* for Mahmoud Jaballah.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for applicant Ministers.
Barbara L. Jackman and *Ruby & Edwardh*, Toronto, for Mahmoud Jaballah.

c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2005 CF 355; [2005] A.C.F. n° 437 (QL).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Jaballah (Re), [2005] 1 R.C.F. 560; (2004), 242 D.L.R. (4th) 490; 38 Imm. L.R. (3d) 157; 325 N.R. 90; 2004 CAF 257; *Jaballah (Re)*, [2003] 4 C.F. 345; (2003), 28 Imm. L.R. (3d) 216; 2003 CFPI 640; *Sogi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 517; (2004), 254 F.T.R. 129; 2004 CF 853; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; (1999), 216 N.B.R. (2d) 25; 177 D.L.R. (4th) 124; 26 C.R. (5th) 203; 244 N.R. 276; 50 R.F.L. (4th) 63.

DÉCISIONS CITÉES:

Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers, [1994] 1 R.C.S. 202; (1994), 115 Nfld. & P.E.I.R. 334; 111 D.L.R. (4th) 1; 21 Admin. L.R. (2d) 248; 163 N.R. 27; *Vézina c. Canada (Ministre du Revenu national — M.R.N.)*, 2003 CAF 67; [2003] A.C.F. n° 201 (C.A.); *Cartier c. Canada (Procureur général)*, [2003] 2 C.F. 317; (2002), 2 Admin. L.R. (4th) 247; 300 N.R. 362; 2002 CAF 384.

DEMANDE de contrôle judiciaire visant à déterminer la légalité de la décision prise par le représentant du ministre qui rejetait la demande de protection déposée par M. Jaballah en vertu de l'article 112 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

Donald A. MacIntosh et *Negar Hashemi* pour les ministres demandeurs.
Barbara L. Jackman et *John R. Norris* pour Mahmoud Jaballah.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour les ministres demandeurs.
Barbara L. Jackman et *Ruby & Edwardh*, Toronto, pour Mahmoud Jaballah.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] MACKAY D.J.: The Court resumed proceedings, pursuant to subsection 79(2) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194] and section 80 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act or IRPA), following the decision of the Federal Court of Appeal in Court file A-287-03 dated July 13, 2004 ([2005] 1 F.C.R. 560).

[2] That decision, on a cross-appeal by Mr. Jaballah, set aside this Court's earlier determination ([2003] 4 F.C. 345 (T.D.), dated May 23, 2003), whereby I found reasonable a certificate dated August 13, 2001, issued jointly by the applicant Ministers, of their opinion that Mr. Jaballah is inadmissible to Canada on specified grounds related to national security.

[3] The decision of the Court of Appeal referred the matter for reconsideration by a designated Judge, as provided by IRPA, together with consideration of the lawfulness of the decision on behalf of the Minister of Citizenship and Immigration (the MCI), dated December 30, 2003, in relation to Mr. Jaballah's application for protection under section 112 of the Act. The latter decision, made under subparagraph 113(d)(ii), refused the application on the basis that despite the assessment that Mr. Jaballah is at substantial risk of death or torture if he is returned to his own country, Egypt, the extraordinary danger he poses to national security of Canada requires that he not be allowed to remain in and that he be removed from this country. No country other than Egypt was suggested as a potential destination if Mr. Jaballah were to be removed from Canada.

[4] This matter was assigned to me for consideration as a designated judge under IRPA. The Court ordered, as suggested by the Court of Appeal, adjournment of a scheduled hearing of Mr. Jaballah's application (Court file IMM-184-04) for judicial review of the lawfulness of the decision on his application for protection. With co-operation of counsel, including new counsel for Mr. Jaballah, submissions on the lawfulness of the decision,

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

[1] LE JUGE SUPPLÉANT MACKAY: La Cour a repris l'instance, en application du paragraphe 79(2) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194] et de l'article 80 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi), à la suite de la décision de la Cour d'appel fédérale dans le dossier A-287-03, en date du 13 juillet 2004 ([2005] 1 R.C.F. 560).

[2] Cette décision, relative à un appel incident interjeté par M. Jaballah, annule une décision antérieure de la Cour ([2003] 4 C.F. 345 (1^{re} inst.), en date du 23 mai 2003), dans laquelle j'avais jugé raisonnable un certificat délivré conjointement par les ministres demandeurs le 13 août 2001, attestant que M. Jaballah est à leur avis inadmissible au Canada pour des motifs se rapportant à la sécurité nationale.

[3] La Cour d'appel a ordonné le renvoi de l'affaire à la Cour fédérale pour un nouvel examen par un juge désigné, conformément à la Loi, de même que pour déterminer la légalité de la décision prise au nom du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le MCI), le 30 décembre 2003, à l'égard de la demande de protection déposée par M. Jaballah en vertu de l'article 112 de la Loi. La décision en cause, rendue en vertu du sous-alinéa 113d(ii), rejetait la demande de protection de M. Jaballah au motif que le danger exceptionnel que ce dernier représente, pour la sécurité du Canada, exige qu'il ne soit pas autorisé à demeurer au pays et qu'il soit expulsé du Canada, et ce, même s'il risque vraisemblablement de mourir ou d'être torturé s'il retourne en Égypte, son pays d'origine. Aucun autre pays, hormis l'Égypte, n'a été proposé comme destination possible, dans l'éventualité où M. Jaballah est expulsé du Canada.

[4] J'ai été saisi de cette affaire à titre de juge désigné, tel que prévu dans la Loi. La Cour a ordonné, comme le proposait la Cour d'appel, l'ajournement de l'audition de la demande de contrôle judiciaire (dossier n^o IMM-184-04) déposée par M. Jaballah à l'encontre de la décision rejetant sa demande de protection. Avec la coopération des avocats, y compris le nouvel avocat de M. Jaballah, les arguments relatifs à la légalité de cette

which refused his application for protection were heard in Toronto on August 16, 2004 pursuant to section 80 of the Act. A number of issues were then raised on behalf of Mr. Jaballah, and in February 2005 a further issue, concerning the record before the Minister's delegate and the conclusions reached on that record, was raised on his behalf and dealt with by written submissions.

[5] These are the reasons for my finding that the decision on behalf of the Minister, on the application for protection by Mr. Jaballah, was not lawfully made, and for my order, now filed, quashing that decision and suspending these proceedings in accord with subsection 80(2) of IRPA, to allow the Minister to make a new decision on the application for protection.

The Background

[6] These proceedings have an unusual history. It is summarized in the 2004 judgment of Mr. Justice Rothstein for the Court of Appeal, particularly at his paragraphs 5, 33, 36 and 37, and greater detail may be found in this Court's 2003 decision. It is unnecessary that the background be reviewed here in detail.

[7] I do note that by its decision the Court of Appeal also dismissed an appeal by the respondent Ministers to set aside this Court's decision to treat as a decision of the MCI one made in August 2002, by a pre-removal risk assessment (PRRA) officer, that there are substantial grounds for believing that Mr. Jaballah faces a risk of death or torture if he were returned to Egypt, his country of citizenship. That assessment of risk was accepted, with some apparent reluctance, by the Minister's delegate who determined on December 30, 2003 that Mr. Jaballah's application for protection should be refused.

[8] The latter decision was communicated to Mr. Jaballah early in 2004, and directly to this Court in this proceeding early in August 2004, though notice of the refusal, but not the decision itself, was given to the Court

décision ont été entendus à Toronto le 16 août 2004, conformément à l'article 80 de la Loi. À cette occasion, un certain nombre de questions ont été formulées au nom de M. Jaballah; plus tard, en février 2005, une autre question a été soulevée au nom de ce dernier, concernant le dossier dont disposait le représentant du ministre et les conclusions auxquelles ce dernier est parvenu en se fondant sur ce dossier; cette question a été examinée sur présentation des observations écrites des parties.

[5] Voici les motifs sur lesquels je m'appuie pour conclure à l'illégalité de la décision prise au nom du ministre sur la demande de protection déposée par M. Jaballah, et pour rendre une ordonnance, aujourd'hui déposée, annulant cette décision et suspendant l'instance, conformément au paragraphe 80(2) de la Loi, pour permettre au ministre de statuer à nouveau sur la demande de protection.

Contexte

[6] La présente instance a suivi un parcours pour le moins inhabituel. Ce parcours est résumé dans les motifs du juge Rothstein dans la décision précitée de la Cour d'appel, en particulier aux paragraphes 5, 33, 36 et 37. Des renseignements plus détaillés se trouvent en outre dans la décision prononcée par la Cour en 2003. Il est donc inutile de rappeler le contexte de manière détaillée dans ces pages.

[7] Je souligne par ailleurs que dans son jugement, la Cour d'appel a également rejeté l'appel interjeté par les ministres intimés à l'encontre de la décision de la Cour de considérer comme une décision du MCI la décision prise par un agent d'examen des risques avant renvoi, en août 2002, établissant qu'il existe des motifs raisonnables de croire que M. Jaballah risque la mort ou la torture s'il retourne en Égypte, son pays de citoyenneté. Cette évaluation des risques a été acceptée, avec quelques réticences, par le représentant du ministre qui a estimé, le 30 décembre 2003, que la demande de protection de M. Jaballah devait être rejetée.

[8] Cette dernière décision a été communiquée à M. Jaballah au début de l'année 2004; elle a été communiquée directement à la Cour au début de la présente instance, en août 2004, bien que la Cour ait reçu

early in 2004. For the record I note that a copy of the decision was included in the application record filed on behalf of Mr. Jaballah in Court file IMM-184-04 whereby he sought judicial review of that decision.

[9] For purposes of the argument on August 16, 2004 in relation to the lawfulness of the refusal, both parties accepted that there is no longer any question that there is substantial risk of death or torture faced by Mr. Jaballah if he were returned to Egypt. Thus, the hearing concerned only the lawfulness of the decision to refuse the application for protection.

[10] In considering the certificate of the applicant Ministers and the decision on behalf of the MCI to refuse Mr. Jaballah's application for protection the Court acts pursuant to the decision of the Court of Appeal, and to the provisions of IRPA. Section 77 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194] authorizes the Ministers to sign a certificate that a foreign national, as is Mr. Jaballah, is inadmissible to Canada on grounds of security and to refer that certificate to the Federal Court for a determination, under section 80, of the reasonableness of the certificate. The process to be followed by the judge designated to consider the matter is set out in sections 78-80. In accord with those provisions, I had earlier suspended these proceedings to permit the MCI to decide the application for protection by Mr. Jaballah. My subsequent determination to resume the proceedings, while not directly overturned by the decision of the Court of Appeal, was effectively in suspense pending the decision of the MCI on the application for protection and thereafter while the matter was before the Court of Appeal.

[11] By its order the lawfulness of the refusal decision is now to be considered in accord with subsection 79(2) and section 80 of the IRPA. Those sections provide:

79. . . .

(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

un avis de refus, mais non la décision elle-même, au début de 2004. Je note qu'une copie de la décision était jointe au dossier de la demande déposé au nom de M. Jaballah dans l'affaire n° IMM-184-04, dans lequel il demande le contrôle judiciaire de cette décision.

[9] En ce qui concerne les arguments entendus le 16 août 2004 quant à la légalité du refus, les deux parties ont convenu que les risques de mort ou de torture auxquels serait exposé M. Jaballah advenant un retour en Égypte ne sont plus contestés. Le débat a donc porté uniquement sur la légalité de la décision refusant la demande de protection.

[10] En examinant le certificat des ministres demandeurs et la décision prise au nom du MCI de refuser la demande de protection déposée par M. Jaballah, la Cour applique la décision de la Cour d'appel, et les dispositions de la Loi. L'article 77 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194] autorise le ministre à déposer à la Cour fédérale un certificat attestant qu'un étranger, tel que M. Jaballah, est interdit de territoire pour raison de sécurité, pour que la Cour décide de son caractère raisonnable, tel que prévu à l'article 80. La procédure que doit suivre le juge désigné pour entendre l'affaire est définie aux articles 78 à 80 de la Loi. Conformément à ces dispositions, j'ai suspendu la présente instance pour permettre au MCI de statuer sur la demande de protection de M. Jaballah. Ma décision subséquente de reprendre l'instance, même si elle n'a pas été directement annulée par la Cour d'appel, a été suspendue dans les faits, en attendant que le MCI statue sur la demande de protection et jusqu'à ce que la Cour d'appel se prononce.

[11] Conformément à l'ordonnance de la Cour d'appel, la légalité du refus du ministre doit maintenant être examinée conformément au paragraphe 79(2) et à l'article 80 de la Loi. Ces dispositions portent:

79. [. . .]

(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 les Cours fédérales*.

decision of the Minister, taking into account the grounds referred to in subsection 18.1(4) of the *Federal Courts 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.

[12] Writing for the Court of Appeal in this case, at paragraphs 28, 29, Mr. Justice Rothstein commented, *inter alia*, upon the process provided by sections 79 and 80, as follows:

As I read the relevant provisions, they preclude a resumption of the security certificate proceedings without the judge having received notice of a protection decision. Under subsection 79(2), the resumed proceedings must involve consideration of both the certificate and the protection decision. Under subsection 80(1), there are two determinations to be made by the designated Judge: (1) whether the certificate is reasonable; and (2) whether the protection decision is lawfully made.

. . . this interpretation of subsections 79(2) and 80(1) is supported by the procedure in subsection 80(2). Under subsection 80(2), if the judge finds that a protection decision is not lawfully made, the proceedings in respect of the security certificate are to be suspended until the MCI makes a new decision on the application for protection. In other words, once an application for protection is made the designated Judge cannot decide the reasonableness of the security certificate until he determines that the MCI has made a lawful protection decision.

[13] In accord with the statutory process my first task in this resumed proceeding is to review the lawfulness of the decision on behalf of the MCI in regard to the application for protection made by Mr. Jaballah, taking into account the grounds referred to in subsection 18.1(4) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], i.e. the statutory grounds for considering an application for judicial review.

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.

[12] S'exprimant au nom de la Cour d'appel dans cette affaire, le juge Rothstein formule entre autres les observations suivantes concernant la procédure prévue aux articles 79 et 80 [aux paragraphes 28 et 29]:

Selon moi, les dispositions pertinentes empêchent toute reprise de l'instance relative au certificat de sécurité si le juge n'a pas été notifié de la décision en matière de protection. En vertu du paragraphe 79(2), la procédure doit comprendre tant l'examen du certificat que celui de la décision sur la protection. Selon le paragraphe 80(1), le juge doit décider: 1) du caractère raisonnable du certificat; 2) de la légalité de la décision du ministre en matière de protection.

[. . .] cette interprétation des paragraphes 79(2) et 80(1) est appuyée par la procédure visée au paragraphe 80(2). En vertu du paragraphe 80(2), si le juge décide que la décision relative à la protection n'est pas légale, il suspend l'instance relative au certificat de sécurité jusqu'à ce que le MCI prenne une nouvelle décision concernant la demande de protection. Autrement dit, quand une demande de protection a été déposée, le juge désigné ne peut décider du caractère raisonnable du certificat de sécurité avant la décision du MCI sur la demande.

[13] Conformément à la procédure établie par la Loi, ma première tâche consiste à examiner la légalité de la décision prise au nom du MCI sur la demande de protection déposée par M. Jaballah, selon les critères mentionnés au paragraphe 18.1(4) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], à savoir les motifs dont la Cour doit prendre en considération pour examiner une demande de contrôle judiciaire.

[14] In reviewing the decision to refuse the application for protection, the Court accepts that Mr. Jaballah faces a risk of torture within the meaning of Article 1 of the *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* [December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36] or a risk to his life or a risk of cruel and unusual punishment. Here the remaining issue concerns the delegate's assessment under subparagraph 113(d)(ii) of IRPA that:

113 (d) . . .

(ii) the application should be refused . . . because of the danger that the applicant constitutes to the security of Canada.

[15] As section 172 of the IRPA Regulations [*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227] provides, the process for that determination in a case like this is that:

172. (1) Before making a decision to allow or reject the application of an applicant described in subsection 112(3) of the Act, the Minister shall consider the assessments referred to in subsection (2) and any written response of the applicant to the assessments that is received within 15 days after the applicant is given the assessments.

(2) The following assessments shall be given to the applicant:

(a) a written assessment on the basis of the factors set out in section 97 of the Act; and

(b) a written assessment on the basis of the factors set out in subparagraph 113(d)(i) or (ii) of the Act, as the case may be.

[16] The first of the assessments required by section 172 is of the risk facing the applicant if he were returned to his country, a matter not here in issue. The second assessment in this case requires a determination that the applicant constitutes a danger to the security of Canada, a danger which on balance outweighs the risk of torture or death facing the applicant if he were returned.

[17] In this case the assessments of risk to Mr. Jaballah and of danger to national security of Canada

[14] En examinant la décision refusant la demande de protection, la Cour convient que M. Jaballah est exposé à un risque de torture, au sens de l'article premier de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels inhumains ou dégradants* [10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36], que sa vie pourrait être menacée ou qu'il pourrait subir un traitement cruel et inusité. En l'espèce, la question que la Cour est appelée à trancher porte sur l'évaluation du représentant du ministre, en vertu du sous-alinéa 113d)(ii) de la Loi, à l'égard:

113 (d) [. . .]

(ii) du fait que la demande devrait être rejetée en raison [. . .] du danger qu'il [le demandeur] constitue pour la sécurité du Canada.

[15] La procédure que doit suivre la Cour en pareil cas est définie à l'article 172 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* [DORS/2002-227]:

172. (1) Avant de prendre sa décision accueillant ou rejetant la demande de protection du demandeur visé au paragraphe 112(3) de la Loi, le ministre tient compte des évaluations visées au paragraphe (2) et de toute réplique écrite du demandeur à l'égard de ces évaluations, reçue dans les quinze jours suivant la réception de celles-ci.

(2) Les évaluations suivantes sont fournies au demandeur:

a) une évaluation écrite au regard des éléments mentionnés à l'article 97 de la Loi;

b) une évaluation écrite au regard des éléments mentionnés aux sous-alinéas 113d)(i) ou (ii) de la Loi, selon le cas.

[16] La première évaluation exigée à l'article 172 concerne le risque auquel le demandeur pourrait être exposé, s'il est renvoyé dans son pays, question qui n'est pas contestée en l'espèce. La deuxième évaluation, dans le cas qui nous occupe, exige une décision portant que le demandeur représente un danger pour la sécurité du Canada, un danger tel qu'il l'emporte sur le risque de torture auquel il serait exposé s'il retournait dans son pays.

[17] Dans la présente instance, les évaluations relatives au risque encouru par M. Jaballah et au danger

were sent to Mr. Jaballah's counsel on September 19, 2003. There was no responding submission from Mr. Jaballah, though counsel had made submissions on his behalf in his original application for protection. In the absence of further submissions made under subsection 172(1) of the Regulations the Minister's delegate rendered the decision of December 30, 2003, refusing the application.

The decision in question

[18] Here the Minister's delegate, after review of the background, including the risk to Mr. Jaballah if he were returned to Egypt, as determined by the PRRA officer, concluded that Mr. Jaballah poses an extraordinary danger to the security of Canada that outweighs the risk to him and that his application for protection should be refused. This conclusion was said to be based on the information before the decision-maker, both that provided to Mr. Jaballah and the classified information not provided to him, and the determination in my decision of May 23, 2003 that the Ministers' certificate is reasonable in certifying that Mr. Jaballah is inadmissible to Canada on security grounds, pursuant to paragraphs 34(1)(b), (c) and (f) of IRPA. Those grounds, specified for the Minister's opinion that Mr. Jaballah is inadmissible, are because he is believed to be:

34. (1) . . .

(b) engaging in or instigating the subversion by force of any government;

(c) engaging in terrorism;

. . .

(f) being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in acts referred to in paragraph (a), (b) or (c).

[19] The delegate concluded that the information provided clearly indicated Mr. Jaballah's membership in a terrorist organization, his continuing close contact, communications and association with members of the

qu'il représente pour la sécurité du Canada ont été envoyées à son avocat le 19 septembre 2003. M. Jaballah n'a formulé aucune observation en réponse à ces analyses, bien que son avocat ait déposé des observations en son nom dans sa première demande de protection. En l'absence de nouvelles observations faites en vertu du paragraphe 172(1) du Règlement, le représentant du ministre a rendu sa décision le 30 décembre 2003, jetant la demande de protection.

La décision en cause

[18] À cette étape des procédures, le représentant du ministre, après avoir examiné le dossier, y compris l'évaluation du risque auquel serait exposé M. Jaballah advenant son retour en Égypte, a jugé, à l'instar de l'agent d'examen des risques avant renvoi, que M. Jaballah représentait une menace exceptionnelle pour la sécurité du Canada, qui l'emportait sur le risque auquel il serait lui-même exposé, et que sa demande de protection devait être rejetée. Le représentant affirme qu'il a pris cette décision en se fondant sur l'information dont il disposait, à savoir les renseignements communiqués à M. Jaballah et les renseignements classifiés qui ne lui ont pas été communiqués, de même que la décision de la Cour en date du 23 mai 2003, confirmant le caractère raisonnable du certificat du ministre attestant que M. Jaballah est interdit de territoire au Canada pour des raisons de sécurité, comme le prévoient les alinéas 34(1)(b), c) et f) de la Loi. Selon le ministre, pour ces raisons de sécurité, M. Jaballah doit être interdit de territoire car il est soupçonné:

34. (1) [. . .]

b) être l'instigateur ou l'auteur d'actes visant au renversement d'un gouvernement par la force;

c) se livrer au terrorisme;

[. . .]

f) être membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est, a été ou sera l'auteur d'un acte visé aux alinéas a), b) ou c).

[19] Le représentant du ministre a conclu que l'information au dossier démontrait clairement l'appartenance de M. Jaballah à une organisation terroriste et que ce dernier continuait à entretenir des liens et des rapports

leadership of the Egyptian Al Jihad (the "AJ"). That organization has been considered for some time, and was declared by the Government of Canada in July 2002 (SOR/2002-284), to be a terrorist organization. The AJ is believed to be associated with Al-Qaida, and to continue to espouse terrorism and violence.

[20] The Minister's delegate then sought to "determine whether the danger Mr. Jaballah poses to the security of Canada outweighs the risk he faces on return". The decision noted:

... I have taken into consideration all the information provided to Mr. Jaballah and his submissions, as well as the classified information that could not be released to Mr. Jaballah. I consider the classified information very compelling, and have given it considerable weight in my balancing decision.

That comment repeats a reference in relation to review of the risk of Mr. Jaballah, earlier in the decision, that:

I have also reviewed the classified material on this case and I have taken it into consideration when making my determination.

[21] In the decision and reasons of the Minister's delegate the conclusion of danger to the security of Canada is restated thus:

I have already stated my conclusion that Mr Jaballah poses [*sic*] a significant and substantial danger to the security of Canada. He has been actively involved with an organization whose stated aim is to use violence against Egypt, the United States and other countries. Their violent acts have been directed against military, government, diplomatic and civilian targets. I conclude that Mr Jaballah's presence in Canada increases the risk that Canada and its neighbour will become the target of new attacks. Even if he is not directly involved in the attack, his presence in Canada will contribute to the co-ordination and communication aspects of the attack, as well as the recruitment of new members to this terrorist organization.

[22] The decision then refers to the words of the Supreme Court of Canada in *Suresh v. Canada (Minister*

étroits avec les membres dirigeants du groupe égyptien «Al Jihad» et à s'associer à cette organisation. Al Jihad est considérée depuis un certain temps comme une organisation terroriste et a effectivement été déclarée telle par le gouvernement canadien, en juillet 2002 (DORS/2002-284). Le groupe Al Jihad serait lié à Al-Qaida et continuerait à prôner le terrorisme et la violence.

[20] Le représentant du ministre a ensuite tenté [TRADUCTION] «de déterminer si le danger que représente M. Jaballah pour la sécurité du Canada l'emporte sur les risques auxquels il pourrait être exposé à son retour en Égypte». Dans sa décision, il précise ce qui suit:

[TRADUCTION] J'ai examiné tous les renseignements fournis à M. Jaballah de même que ses arguments, ainsi que les renseignements classifiés qui ne pouvaient lui être communiqués. J'estime que les renseignements classifiés sont très convaincants et je leur ai accordé une grande valeur probante dans ma décision.

Cette observation reprend une remarque déjà formulée plus tôt dans la décision en ce qui concerne l'évaluation du danger que représente M. Jaballah:

[TRADUCTION] J'ai également examiné les documents classifiés versés au dossier et j'en ai tenu compte dans ma décision.

[21] Dans les motifs de sa décision, le représentant du ministre réitère sa conclusion à l'égard de la menace qui pèserait sur le Canada:

[TRADUCTION] J'ai déjà exposé ma conclusion voulant que M. Jaballah représente une menace grave et réelle pour la sécurité du Canada. Il a participé activement à une organisation qui reconnaît que sa raison d'être est de recourir à la violence à l'encontre de l'Égypte, des États-Unis et d'autres pays. Les actes de violence des membres de l'organisation ont visé des cibles militaires, gouvernementales, diplomatiques et civiles. J'en conclus que la présence de M. Jaballah au Canada augmente le risque que le Canada et son voisin deviennent les cibles de nouvelles attaques. Même s'il ne participe pas directement à de telles attaques, il pourra contribuer, en étant présent au pays, à la coordination et aux communications dans le cadre de telles attaques, de même qu'au recrutement de nouveaux membres pour cette organisation terroriste.

[22] Le représentant mentionne ensuite l'arrêt de la Cour suprême *Suresh c. Canada (Ministre de la*

of *Citizenship and Immigration*), [2002] 1 S.C.R. 3, and incorporates the following passages from that Court's decision [at paragraphs 76-78]:

... barring extraordinary circumstances, deportation to torture will generally violate the principles of fundamental justice protected by s. 7 of the *Charter*. To paraphrase Lord Hoffmann in *Rehman, supra*, at para. 54, states must find some other way of ensuring national security.

The Minister is obliged to exercise the discretion conferred upon her by the *Immigration Act* in accordance with the Constitution. This requires the Minister to balance the relevant factors in the case before her. As stated in *Rehman, supra*, at para. 56 *per* Lord Hoffmann:

The question of whether the risk to national security is sufficient to justify the appellant's deportation cannot be answered by taking each allegation seriatim and deciding whether it has been established to some standard of proof. It is a question of evaluation and judgement, in which it is necessary to take into account not only the degree of probability of prejudice to national security but also the importance of the security interest at stake and the serious consequences of deportation for the deportee.

[A reference to the comments of Lord Slynn of Hadley in the Supreme Court's decision as quoted is here omitted.]

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 s. 7 of the *Charter* or under section 1.

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 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': see *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*,

Citoyenneté et de l'Immigration), [2002] 1 R.C.S. 3, dont il cite les passages suivants [aux paragraphes 76 à 78]:

[...] 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*. Pour reprendre les propos de lord Hoffmann dans *Rehman*, précité, par. 54, les États doivent trouver un autre moyen d'assurer la sécurité nationale.

La ministre a l'obligation d'exercer conformément à la Constitution le pouvoir discrétionnaire que lui confère la *Loi sur l'immigration*. À cette fin, elle doit mettre en balance les facteurs pertinents de l'affaire dont elle est saisie. Comme l'a dit lord Hoffmann dans *Rehman*, précité, par. 56:

[TRADUCTION] On ne peut répondre à la question de savoir si le risque pour la sécurité nationale est suffisant pour justifier l'expulsion de l'appelant en examinant une à une les diverses allégations et en décidant si elles ont été prouvées selon une norme de preuve donnée. Il s'agit plutôt d'une question d'évaluation et de jugement requérant la prise en compte non seulement du degré de probabilité du préjudice à la sécurité nationale, mais également l'importance de la considération de sécurité en jeu et les conséquences sérieuses de l'expulsion pour la personne visée.

[Une référence aux observations de lord Slynn of Hadley, dans la décision de la Cour suprême, a été omise.]

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 processus de pondération requis par l'art. 7 de la *Charte* soit au regard de l'article premier de celle-ci. 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 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»: voir *Renvoi*:

at p. 518; and *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 99.)

[23] For the record I note two aspects of the quotations from the Supreme Court's decision in *Suresh* by the Minister's delegate. First, no doubt simply by clerical error, the decision quotes as a separate unnumbered paragraph before paragraph 78 as quoted above, the first sentence of that paragraph 78. The effect may be to give undue emphasis to the Supreme Court's acknowledgement that the possibility is not excluded, in exceptional circumstances, of deportation to face torture. In addition, by commencing the quotation from the Supreme Court decision near the end of its paragraph 76 the Minister's delegate omitted words which, in my view, provide context for the passages quoted. The words omitted are these:

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 categoric. 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, . . . [here continues the words quoted by the Minister's delegate from paras. 76, 77 and 78 of the Supreme Court's decision].

[24] The conclusion reached by the Supreme Court is restated at paragraph 129 of its decision, as follows:

We conclude that generally to deport a refugee, where there are grounds to believe that this would subject the refugee to a substantial risk of torture, would unconstitutionally violate the *Charter's* s. 7 guarantee of life, liberty and security of the person. This said, we leave open the possibility that in an exceptional case such deportation might be justified either in the balancing approach under ss. 7 or 1 of the *Charter*.

Motor Vehicle Act de la C.-B., précité, p. 518, et *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 99.)

[23] Pour les besoins de la cause, je soulignerai deux aspects dans les extraits de l'arrêt *Suresh* de la Cour suprême cités par le représentant du ministre. Premièrement, sans doute en raison d'une erreur de transcription, le texte présente une phrase dans un paragraphe distinct non numéroté, avant le paragraphe 78; or, il s'agit justement de la première phrase du paragraphe 78. Cette anomalie a pour effet de mettre une emphase excessive sur la reconnaissance, par la Cour suprême, du fait que toute possibilité d'expulsion impliquant un risque de torture n'est pas totalement exclue dans certaines circonstances exceptionnelles. Par ailleurs, en commençant l'extrait de l'arrêt de la Cour suprême vers la fin du paragraphe 76, le représentant du ministre omet les mots qui, à mon avis, permettent de remettre le passage cité dans son contexte. Les mots omis par le représentant du ministre sont les suivants:

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 [. . .] [la suite du paragraphe figure dans l'extrait des paragraphes 76, 77 et 78 cité par le représentant du ministre].

[24] La conclusion tirée par la Cour suprême est reprise au paragraphe 129 de sa décision, comme suit:

Nous concluons que, règle générale, lorsqu'il existe des motifs de croire que l'expulsion d'un réfugié lui fera courir un risque sérieux de torture, son expulsion est inconstitutionnelle parce qu'elle porte atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité du réfugié que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*. Cela dit, nous n'écartons pas la possibilité que, dans un cas exceptionnel, son expulsion puisse se justifier soit dans le cadre de la pondération effectuée en application de l'art. 7, soit au regard de l'article premier de la *Charte*.

While those words concern deportation of a refugee, they are equally apt, in my view, to the deportation of a foreign national, since in this country every individual has the benefit of the Charter's [*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]] section 7 guarantee.

[25] After quoting portions of the Supreme Court's decision in *Suresh*, the Minister's delegate stated, in weighing the risk to Mr. Jaballah, if he be deported, and the danger to Canadian security if he remains in Canada:

I believe that the exceptional circumstances envisioned by the Supreme Court clearly apply in this case. The weight given to the danger posed by Mr. Jaballah must outweigh the risk to Mr. Jaballah in my deliberation.

Mr. Jaballah poses a direct and exceptional threat to Canada. Based on my review of the record, I am satisfied that Mr. Jaballah is an active member of the organization Al Jihad that, in the pursuit of its aims, has deliberately caused devastating loss of life. I believe that Al Jihad has significant links to Al Qaida. Among other things, Al Jihad has been linked to terrorist bombings in Pakistan, Kenya, Tanzania and Yemen, which have targeted citizens of Egypt and the United States, but which have also indiscriminately killed and injured many others. Hundreds of people have been killed and thousands injured in these terrorist attacks. I am satisfied that Mr. Jaballah has personally played a significant role in the East Africa bombings. He has been linked to specific actions of this organization, and has been in ongoing contact with the highest level of the organizational leadership before and after his arrival in Canada. Mahjoub, who is the subject of a security certificate that has already been found reasonable, was found to have Jaballah's telephone number on his person when detained. Since his arrival in Canada, Jaballah has continued to actively participate in the activities of this organization, specially in the area of communication, and in the recruitment of new members. He has maintained contact with like-minded individuals in Canada. Al Jihad and Al Qaida continue to attack military, diplomatic and civilian targets around the world. There is a real and significant threat to Canada and her allies. The majority of countries with which Canada works at the United Nations and in other multinational forums oppose these organizations, their aims, their methods and their actions. Mr. Jaballah's continued presence in Canada threatens the lives of Canadians and their allies.

Bien que ces termes concernent l'expulsion d'un réfugié, ils peuvent également s'appliquer, selon moi, à l'expulsion d'un ressortissant étranger puisqu'au Canada, chacun est protégé par la garantie enchâssée à l'article 7 de 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° 44]].

[25] Après avoir cité ces extraits de l'arrêt *Suresh* de la Cour suprême, le représentant du ministre affirme ce qui suit, alors qu'il s'attache à évaluer le risque encouru par M. Jaballah dans l'éventualité où il est expulsé, et la menace pour la sécurité du Canada s'il demeure au pays:

[TRADUCTION] Je pense que les circonstances exceptionnelles dont parle la Cour suprême s'appliquent clairement, en l'espèce. À mon sens, le danger que représente M. Jaballah l'emporte sur le risque qu'il encourt.

M. Jaballah représente une menace directe et exceptionnelle pour le Canada. Après examen du dossier, je suis convaincu que M. Jaballah est un membre actif de l'organisation Al Jihad qui, dans la réalisation de ses objectifs, a délibérément provoqué de nombreuses pertes de vie humaine. Je crois qu'Al Jihad possède des liens importants avec Al-Qaida. Al Jihad a participé, notamment, à des attentats terroristes au Pakistan, au Kenya, en Tanzanie et au Yémen; ces attentats visaient des citoyens égyptiens et américains mais ils ont également tué et blessé, sans distinction de nationalité, de nombreuses autres personnes. Des centaines de personnes ont trouvé la mort et des milliers d'autres ont été blessées dans ces attaques terroristes. Je suis convaincu que M. Jaballah a personnellement joué un rôle clé dans les attentats à la bombe en Afrique de l'Est. Il est lié à des agissements bien précis de cette organisation et il a entretenu des liens constants avec ses plus hauts membres, avant et après son arrivée au Canada. On a constaté que M. Mahjoub, qui fait l'objet d'un certificat de sécurité ayant déjà été jugé raisonnable, avait le numéro de téléphone de M. Jaballah sur lui, au moment de son arrestation. Depuis son arrivée en sol canadien, M. Jaballah a continué à participer activement aux activités de cette organisation, en particulier sur le plan des communications et du recrutement de nouveaux membres. Il a entretenu des liens avec d'autres personnes partageant les mêmes idées que lui, au Canada. Al Jihad et Al-Qaida continuent de s'en prendre à des cibles militaires, diplomatiques et civiles partout dans le monde. Le Canada et ses alliés sont sous l'emprise d'une menace réelle. La plupart des pays avec lesquels travaille le Canada, aux Nations Unies et dans d'autres forums multinationaux, s'opposent à ces organisations, à leurs objectifs, à leurs méthodes et à leurs actes. La présence permanente de

The extraordinary danger Mr. Jaballah poses to the security of Canada requires that he not be allowed to remain in Canada, despite the risk to him of returning to Egypt.

[26] Following that conclusion, the Minister's delegate then turned to consider "limited submissions", made for Mr. Jaballah in his application for protection, concerning potential separation of Mr. Jaballah's family if he were deported to Egypt, including reference by his then counsel to *Baker*, (i.e., *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817) and to section 25 of the IRPA. The latter provision requires the Minister, upon request of a foreign national who is inadmissible to Canada, to examine the circumstances and determine whether to grant exemption from provisions of the Act on the basis of humanitarian and compassionate considerations, taking into account the best interests of a child directly affected.

[27] The decision acknowledges that Mr. Jaballah and his wife have six children, two of whom were born in Canada, one in Pakistan and three in Egypt, but it makes no reference to the refugee status of Mr. Jaballah's wife and their four children born outside Canada. The delegate then concluded:

While it is true that the Canadian born children can remain in Canada as of right, it is also true that they could accompany their parents and siblings when they leave Canada. I cannot therefore conclude that the deportation of Mr. Jaballah would necessarily result in the separation of the family. Mr. Jaballah has been detained apart from his children for some time; I cannot therefore conclude that Mr. Jaballah's removal from Canada would deprive his children of his emotional and financial support any more than his current detention has. I see no reason to depart from my conclusion that Jaballah should not be allowed to remain in Canada, given the security concern that Mr. Jaballah represents to Canadians.

[28] The decision in question then concludes with the delegate's opinion, "pursuant to paragraph 113(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, that the application for protection should be refused on the basis of danger to security of Canada."

M. Jaballah au Canada constitue une menace pour la vie des Canadiens et de leurs alliés.

Le danger exceptionnel que représente M. Jaballah pour la sécurité du Canada exige qu'il ne soit pas autorisé à demeurer au Canada, et ce, malgré le risque qu'il encourt s'il retourne en Égypte.

[26] Après cette conclusion, le représentant du ministre examine les «quelques observations» formulées au nom de M. Jaballah dans sa demande de protection concernant la séparation éventuelle de sa famille s'il est expulsé en Égypte, y compris le renvoi à l'arrêt *Baker* (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817) et à l'article 25 de la Loi, par son avocat de l'époque. Cette disposition prévoit que le ministre doit, sur demande d'un étranger interdit de territoire, étudier le cas de cet étranger et lever tout ou partie des critères et obligations applicables, s'il estime que des circonstances d'ordre humanitaire, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché, le justifient.

[27] La décision souligne que M. Jaballah et son épouse ont six enfants, dont deux nés au Canada, un au Pakistan et trois en Égypte, mais ne fait aucune mention du statut de réfugié accordé à l'épouse et aux quatre enfants nés à l'étranger. Le représentant du ministre conclut ainsi:

[TRADUCTION] Il est vrai que les enfants nés au Canada peuvent demeurer au pays de plein droit mais ils sont également libres d'accompagner leurs parents et leurs frères et sœurs dans l'éventualité où ces derniers quittent le pays. Je ne peux donc pas conclure que l'expulsion de M. Jaballah entraînerait nécessairement la séparation de la famille. M. Jaballah est détenu loin de ses enfants depuis un bon moment déjà. Ainsi, rien ne permet de conclure que l'expulsion de M. Jaballah priverait davantage ses enfants de son soutien affectif et financier que sa situation de détention actuelle. Je ne vois aucune raison de modifier ma conclusion que M. Jaballah ne doit pas être autorisé à demeurer sur le territoire canadien en raison de la menace qu'il représente pour la sécurité des Canadiens.

[28] Dans sa conclusion, le représentant du ministre affirme ensuite que [TRADUCTION] «conformément à l'alinéa 113d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, la demande de protection doit être jetée au motif que le demandeur représente une menace pour la sécurité du Canada».

Issues Raised

[29] In written and oral submissions, seeking to have set aside the decision rejecting the application for protection, Mr. Jaballah raises the following issues: whether the Minister's delegate erred in concluding:

(i) that Mr. Jaballah's circumstances are exceptional, sufficient to justify his deportation to torture even though that would violate Mr. Jaballah's rights, under section 7 of the Charter in a manner not saved by section 1, and contrary to Canada's obligations under international and domestic law which, it is urged, preclude deportation to torture in any case;

(ii) that the circumstances considered by the Minister's delegate do not support the conclusion that the danger to national security of Canada outweighs the risk of torture or death facing Mr. Jaballah if he were deported, and the decision ignored relevant factors; and

(iii) unreasonably, in that the best interests of Mr. Jaballah's children would not be adversely affected by his deportation, any more than the current circumstances, with him in detention, now do, a conclusion which, it is urged, ignores relevant factors.

(iv) Finally, a fourth issue, raised in January 2005 before my decision was filed in this matter, concerns submissions on behalf of Mr. Jaballah that the danger finding, i.e. that he is a danger to the national security of Canada, which outweighs the risk of torture he faces if returned to Egypt, was not lawfully made by the Minister's delegate in view of reliance placed on classified information, in this case a security intelligence report (SIR), a CSIS (Canadian Security Intelligence Service) document available to the decision-maker but without documents upon which that report was based. Neither the report nor its reference documents were provided to Mr. Jaballah.

[30] After careful consideration of the issues discussed, I decline to determine important constitutional

Questions en litige

[29] Dans ses observations écrites et orales cherchant à faire annuler la décision rejetant sa demande de protection, M. Jaballah soulève les questions suivantes concernant les conclusions du représentant du ministre:

i) le représentant du ministre a commis une erreur en jugeant que les circonstances relatives à M. Jaballah sont exceptionnelles au point de justifier son expulsion même s'il risque la torture, au motif que cette expulsion, bien qu'elle contrevienne aux droits de M. Jaballah au titre de l'article 7 de la Charte, serait justifiée en vertu de l'article premier; cette conclusion contrevient aux obligations du Canada en vertu du droit international et du droit canadien qui, soutient-on, interdisent toute expulsion impliquant un risque de torture, quelles que soient les circonstances;

ii) les circonstances examinées par le représentant du ministre ne justifient pas la conclusion selon laquelle le danger pour la sécurité nationale l'emporte sur le risque de torture auquel serait exposé M. Jaballah en cas d'expulsion, et la décision ne tient pas compte de certains facteurs pertinents;

iii) le représentant du ministre a tiré une conclusion déraisonnable en affirmant que l'expulsion de M. Jaballah n'affecterait pas les intérêts de ses enfants davantage que sa situation de détention actuelle, et il n'a pas tenu compte de certains facteurs en parvenant à cette conclusion;

iv) enfin, la quatrième question soulevée en janvier 2005, avant que ma décision ne soit rendue, concerne l'argument présenté au nom de M. Jaballah voulant que la conclusion du représentant du ministre quant à la menace, à savoir qu'il représente une menace pour la sécurité nationale du Canada l'emportant sur le risque de torture auquel il serait exposé advenant son retour en Égypte, n'est pas légale car le représentant s'est appuyé sur des renseignements classifiés, soit un rapport secret préparé par le Service canadien du renseignements de sécurité (SCRS) qu'il a reçu sans les documents ayant servi à l'établir; M. Jaballah n'a pas obtenu ce rapport, pas plus que les documents afférents.

[30] Après avoir examiné attentivement les questions soulevées, je refuse de me prononcer sur les questions

questions arising with the first issue, since this stage of these proceedings can be resolved, pursuant to subsection 80(2) of the Act, on other grounds. Hereinafter, I comment briefly on the applicable standard of review, and I deal with the fourth issue raised as a preliminary procedural issue concerning the record before the Minister's delegate and the manner in which it was considered. I turn then to the second and third issues outlined above. My determination of those last three issues provide the reasons for my disposition of this application. I do suggest however, clearly as *obiter dicta*, considerations that may be borne in mind in reconsideration of Mr. Jaballah's application for protection.

The standard of review

[31] For the Ministers it is urged that the standard of review of the determination that a person constitutes a danger to the security of Canada is patent unreasonableness, in reliance upon the Supreme Court's decision in *Suresh*, at paragraphs 29, 32-34. I agree that standard is applicable where the determination questioned is, in the main, a factual matter, supported by the evidence before the decision maker. In *Mahjoub v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 334 (F.C.), Madam Justice Dawson commented [at paragraph 42]:

Both the decision whether Mr. Mahjoub constitutes a danger to the security of Canada and the decision whether Mr. Mahjoub faces a substantial risk of torture if deported to Egypt are in large part fact-driven inquiries. As such, the Court must adopt a deferential approach to these questions, and intervene to set aside the delegate's decision only if patently unreasonable. This means that, in order for the Court to intervene, it must be satisfied that the decision was made arbitrarily, or in bad faith, or without regard to the appropriate factors, or the decision cannot be supported on the evidence. The Court is not to re-weigh the factors considered or interfere simply because the Court would have reached a different conclusion. See: *Suresh*, at paragraphs 29 and 39.

[32] In this case, however, much of the argument of the applicant concerns alleged errors of law made in

constitutionnelles importantes soulevées dans le premier argument puisque cette étape des procédures peut être tranchée, suivant le paragraphe 80(2) de la Loi, sur d'autres fondements. J'examine brièvement ci-après la norme de contrôle judiciaire applicable et j'analyse le quatrième argument soulevé à titre d'objection préliminaire, concernant le dossier dont disposait le représentant du ministre et la manière dont il s'en est servi. J'examine ensuite les deuxième et troisième arguments mentionnés plus haut. Mon analyse de ces trois arguments forme les motifs sur lesquels je fonde ma décision. Je me permets toutefois de souligner, sous forme évidente d'*obiter dicta*, les facteurs qu'il serait opportun de prendre en considération au moment du nouvel examen de la demande de protection de M. Jaballah.

La norme de contrôle judiciaire

[31] L'avocat des ministres soutient que la norme de contrôle judiciaire applicable à la décision portant qu'une personne représente une menace pour la sécurité du Canada est celle de la décision manifestement déraisonnable, ainsi qu'il ressort de l'arrêt *Suresh* de la Cour suprême, aux paragraphes 29 et 32 à 34. Je reconnais que cette norme s'applique lorsque la décision en cause porte, essentiellement, sur une question de faits, appuyés par les éléments de preuve soumis au décideur. Dans *Mahjoub c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 334 (C.F.), M^{me} la juge Dawson observe ce qui suit [au paragraphe 42]:

Tant la décision quant à savoir si M. Mahjoub constitue un danger pour la sécurité du Canada, que celle quant à savoir si M. Mahjoub est exposé à un risque important de torture en cas de renvoi vers l'Égypte dépendent en grande partie des faits. La Cour doit faire preuve de retenue, face à ces questions et intervenir pour annuler la décision de la représentante uniquement si elle est manifestement déraisonnable. Cela veut dire que, pour intervenir, la Cour doit être convaincue que la décision a été rendue arbitrairement ou de mauvaise foi, sans tenir compte de facteurs pertinents ou sans qu'elle soit étayée par la preuve. La Cour ne doit pas soupeser de nouveau les différents facteurs ni intervenir uniquement parce qu'elle en serait arrivée à une autre conclusion. Voir: *Suresh*, aux paragraphes 29 et 39.

[32] En l'espèce, toutefois, la plupart des arguments du demandeur portent sur des erreurs de droit que le

reaching the conclusions, errors of the sort suggested by Madam Justice Dawson as a basis for the Court's intervention. To the extent those have significance the standard of review is correctness. The standard applicable will depend on the issue in question, as subsection 18.1(4) of the *Federal Courts Act*, here applicable, provides.

The record before the delegate and its treatment

[33] Late in these proceedings in February 2005 the Court received submissions on behalf of Mr. Jaballah and the applicant Ministers concerning the record, i.e. the information, before the Minister's delegate and the manner in which that was considered. The circumstances here were said to be similar to those found wanting in *Mahjoub*, by Madam Justice Dawson. In that case she commented [at paragraphs 48-49]:

Turning to my reasons for this conclusion, first, *Suresh* makes it clear that a conclusion with respect to "danger to the security of Canada" requires evidence of a serious threat to national security. While the delegate referred to the security intelligence report and "the evidence it presents", there was only the narrative prepared by CSIS before the decision-maker. She lacked the confidential reference appendices to the security intelligence report that set out the detailed information relied upon by CSIS. Without that information, the delegate could make no independent and proper assessment of the degree to which Mr. Mahjoub poses a threat to Canada's security.

Second, to the extent that the delegate relied upon the opinion or conclusions of CSIS and Mr. Justice Nadon, neither the security intelligence report prepared by CSIS, nor the decision of Justice Nadon, were directed primarily to assessing the nature or extent of the risk to national security posed by Mr. Mahjoub. Neither was directed to assessing the seriousness of the danger to Canadian security that Mr. Mahjoub may present.

[34] In this case, it became clear that the record before the delegate included the SIR, i.e. the narrative report by CSIS of its grounds for believing Mr. Jaballah is inadmissible to Canada, without the reference documents or appendices footnoted in that report. Included in the

représentant aurait commis en parvenant à ses conclusions, erreurs de même nature que celles dont parle M^{me} la juge Dawson pour justifier l'intervention du tribunal. Dans la mesure où ces erreurs sont importantes, la norme de contrôle est celle de la décision correcte. La norme applicable dépend de la question en litige, comme le prévoit le paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*, qui s'applique en l'espèce.

Le dossier soumis au représentant et la valeur accordée à ce document

[33] Alors que l'instruction était déjà très avancée, en février 2005, la Cour a reçu les observations présentées au nom de M. Jaballah et des ministres demandeurs concernant le dossier, à savoir, les renseignements dont disposait le représentant du ministre et la manière dont ils ont été pris en compte. Les circonstances en l'espèce ont été jugées semblables à celles dont était saisie M^{me} la juge Dawson dans l'affaire *Mahjoub*. Dans ses motifs, elle souligne ce qui suit [aux paragraphes 48 et 49]:

Le premier motif de ma conclusion, c'est qu'il découle clairement de *Suresh* que, pour conclure en un «danger [. . .] pour la sécurité du Canada», il faut la preuve d'une grave menace pour la sécurité nationale. Bien que la représentante ait fait état du rapport secret en matière de sécurité et des «éléments de preuve qu'on y présente», elle n'était saisie que de l'énoncé circonstancié établi par le SCRS. Elle ne disposait pas des annexes confidentielles auquel renvoie le rapport secret et où figurent les renseignements détaillés sur lesquels le SCRS s'est fondé. Sans ces renseignements, la représentante ne pouvait apprécier de manière valable et indépendante la mesure dans laquelle M. Mahjoub constitue un danger pour la sécurité du Canada.

Il faut souligner, comme deuxième motif, que la représentante s'est fondée sur les opinions ou conclusions du SCRS et du juge Nadon. Or, ni le rapport secret en matière de sécurité établi par le SCRS ni la décision du juge Nadon n'avaient pour objet premier d'apprécier la nature ou le degré du risque pour la sécurité nationale occasionné par M. Mahjoub. Ni le rapport ni la décision ne visaient non plus à évaluer la gravité du danger pour la sécurité du Canada que pourrait constituer M. Mahjoub.

[34] Dans le cas qui nous occupe, il est devenu évident que le dossier dont disposait le représentant du ministre contenait le Rapport sur les renseignements de sécurité (RRS), à savoir un rapport circonstancié du SCRS faisant état des motifs portant à croire que M. Jaballah doit être

record also were the public summary statements of August 14, 2001 and February 5, 2002 based on the SIR and testimony in public by a CSIS officer, released as public documents to Mr. Jaballah by order of this Court in earlier proceedings concerning the reasonableness of the Ministers' certificate. I note that any reference documents or appendices footnoted in those summaries were apparently not provided to the Minister's delegate even though copies of those documents had been provided to Mr. Jaballah's counsel on August 14, 2001.

[35] The decision in *Mahjoub* has since been followed in respect of the same evidentiary issue by Mr. Justice Blanchard in *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 262 F.T.R. 7 (F.C.) (see paragraphs 14 and 86).

[36] I note that in the *Mahjoub* and *Almrei* decisions the Courts concerned were dealing with decisions made pursuant to subsection 115(2) of the IRPA applicable to Convention refugees as both Messrs. Mahjoub and Almrei were, and thus they were already qualified as persons in need of protection under IRPA. Here the decision in question was made pursuant to subparagraph 113(d)(ii) of IRPA for consideration of an application for protection by a foreign national, as Mr. Jaballah is. While the two provisions relate to differently qualified persons, the essence of the decisions required in both cases is the same, in my opinion. Failures in proper process under subsection 115(2) have equal significance for the process under subparagraph 113(d)(ii). I agree with Mr. Jaballah's argument that the process in *Mahjoub* and *Almrei* was found inadequate to support an independent assessment by the Minister's delegate of the danger the person in question posed to the security of Canada. So the similar process in this case would be inadequate to support an independent assessment.

interdit de territoire, sans les documents de référence et les annexes à l'appui mentionnés dans les notes en bas de page du rapport. Le rapport contient les résumés publics du 14 août 2001 et du 5 février 2002, fondés sur le RRS et le témoignage public de l'agent du SCRS, résumés qui ont été remis à M. Jaballah à titre de documents publics sur ordonnance de la Cour lors d'une instance précédente relative au caractère raisonnable du certificat du ministre. Je souligne qu'apparemment aucun des documents et annexes de référence mentionnés dans les notes en bas de page de ces résumés n'ont été remis au représentant du ministre, bien qu'une copie de ces documents ait été communiquée à l'avocat de M. Jaballah le 14 août 2001.

[35] La décision *Mahjoub* a depuis été appliquée par le juge Blanchard à l'égard de la même question de preuve dans *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2005), 262 F.T.R. 7 (C.F.) (voir les paragraphes 14 et 86).

[36] Je remarque que dans les décisions *Mahjoub* et *Almrei* la Cour examinait une décision rendue en vertu du paragraphe 115(2) de la Loi, qui s'applique aux réfugiés au sens de la Convention, puisque MM. Mahjoub et Almrei étaient tous deux des réfugiés et qu'à ce titre ils étaient déjà reconnus comme des personnes ayant besoin de la protection prévue dans la Loi. Dans la présente instance, la décision en cause a été rendue en vertu du sous-alinéa 113d)(ii) de la Loi, s'agissant de l'examen d'une demande de protection déposée par un ressortissant étranger, le statut que possède M. Jaballah. Bien que les deux dispositions visent des personnes possédant un statut différent, l'essence même des deux décisions mentionnées est la même, à mon avis. Les irrégularités de procédure à l'égard d'une décision prise en vertu du paragraphe 115(2) revêtent la même importance que pour la procédure en vertu du sous-alinéa 113d)(ii). Je suis d'accord avec l'argument de M. Jaballah lorsqu'il soutient que dans *Mahjoub* et *Almrei*, la procédure a été jugée insuffisante pour garantir l'indépendance de l'évaluation faite par le représentant du ministre, en ce qui concerne le danger que représentait la personne en cause pour la sécurité du Canada. Dans le cas qui nous occupe, la procédure serait donc insuffisante pour garantir une évaluation indépendante.

[37] The applicant Ministers here urge, as they appear to have urged in *Almrei* (at paragraph 89) that in this case the record before the Minister's delegate contains overwhelming evidence that would have supported the delegate's assessment that Mr. Jaballah constitutes a danger to the security of Canada. It is urged that in the exercise of judicial discretion in this review the Court can disregard an error where the delegate, properly instructed, would inevitably come to a similar decision if the matter were referred for reconsideration. Cases cited in support of that submission include *Mobile Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202, at page 228 and a number of decisions of the Court of Appeal, most recently *Vézina v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, 2003 FCA 67, at paragraph 7; and *Cartier v. Canada (Attorney General)*, [2003] 2 F.C. 317 (C.A.), at paragraphs 30-36.

[38] I am not persuaded the circumstances of this case warrant prediction of an inevitable similar outcome if this matter be referred for reconsideration. While there may be evidence that supports the conclusion of the delegate, the Court would usurp the statutory decision maker's responsibility if it were to assume that a similar outcome is inevitable if there is reconsideration of the application for protection. Here the ultimate issues are basically factual and the determination of those must be left to the Minister or his delegate.

[39] The circumstances of this case relating to the record and its consideration by the Minister's delegate, are not materially different from those in *Mahjoub* and *Almrei*. As a matter of judicial consistency and comity, I follow the decisions in those cases on this ground.

The indeterminate weight given to factors not properly considered

[40] That conclusion is supported by my difficulty in assessing the weight and significance of two factors

[37] Les ministres demandeurs soutiennent, comme ils semblent l'avoir fait dans *Almrei* (au paragraphe 89), qu'en l'espèce le dossier dont disposait le représentant du ministre contenait des éléments de preuve accablants justifiant pleinement la conclusion à laquelle est parvenu le représentant, à savoir que M. Jaballah représente un danger pour la sécurité du Canada. Les ministres font valoir que dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire dont elle est dotée dans le cadre du présent contrôle judiciaire, la Cour peut ne pas tenir compte d'un erreur si on peut établir que même après avoir reçu des directives appropriées, le représentant parviendrait inévitablement à la même conclusion dans l'éventualité où l'affaire serait renvoyée pour nouvel examen. La décision suivante, notamment, a été citée à l'appui de cet argument: *Mobile Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202, à la page 228, et certaines décisions plus récentes de la Cour d'appel: *Vézina c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, 2003 CAF 67, au paragraphe 7; et *Cartier c. Canada (Procureur général)*, [2003] 2 C.F. 317 (C.A.), aux paragraphes 30 à 36.

[38] Je ne suis pas convaincu que les circonstances en l'espèce permettent de prédire que l'on obtiendra un résultat comparable si l'affaire est renvoyée pour nouvel examen. Même s'il existe des éléments de preuve justifiant la décision du représentant, la Cour usurperait le pouvoir décisionnaire que la Loi confère au représentant du ministre en prenant pour acquis que ce dernier parviendrait inévitablement à la même conclusion, advenant un nouvel examen de la demande de protection. Dans le cas qui nous occupe, les questions à trancher portent essentiellement sur les faits et c'est au ministre ou à son représentant qu'il revient d'en juger.

[39] Les circonstances de l'espèce, en ce qui concerne le dossier et les conclusions qu'en a tirées le représentant du ministre, ne sont pas vraiment différentes de celles dont il était question dans *Mahjoub* et *Almrei*. Par souci de cohérence et de déférence à l'égard des décisions de la Cour, j'appliquerai les principes énoncés dans ces décisions sur ce point.

La valeur probante indéterminée accordée à certains facteurs qui n'ont pas été correctement examinés

[40] Cette conclusion est justifiée par ma difficulté à évaluer la valeur et l'importance de deux facteurs dont le

relied upon for the delegate's decision. Those factors are this Court's earlier determination that the Ministers' certificate is reasonable, and the reliance on the SIR without the reference or appendix documents on which it was based. Whatever the weight assigned to these, it now appears to have been misplaced.

[41] In assessing the danger Mr. Jaballah presents to the security of Canada the decision relies in part upon this Court's earlier determination that the Ministers' certificate is reasonable as conclusive proof Mr. Jaballah is inadmissible on security grounds. At the time that statement was apt, but it is no longer so. Though that determination may again be made, my original decision was struck down by the Court of Appeal. It is true that the appeal decision was after the delegate's decision here in question, but quashing my determination means that it cannot now be a finding to support the delegate's decision. Moreover, as the decisions in *Mahjoub* and *Almrei* make clear, any determination that the Ministers' certificate is reasonable is not, in itself, a finding that Mr. Jaballah constitutes a danger to the security of Canada.

[42] The second factor is the weight assigned to the classified information considered by the delegate who refers to it as "very compelling" and gives considerable weight to it particularly in balancing the risk facing Mr. Jaballah and the danger his presence in Canada creates for national security. As earlier noted that classified information was a SIR, a CSIS summary of information available to it and to the Ministers, but only the narrative report without its reference or appendix documents was provided to the delegate. I note that in this case, in earlier proceedings concerning the certificate Mr. Jaballah presented no evidence to contradict the evidence on the public record, available to him, of new events and circumstances of concern to the Ministers since their first certificate was quashed. The evidence of new circumstances was provided by the public summary and reference documents released August 14, 2001, the testimony in public of a CSIS officer, and by the supplementary summary statement issued by directions

représentant a tenu compte dans sa décision. Il s'agit de la décision antérieure de la Cour quant au caractère raisonnable du certificat des ministres et des conclusions tirées du RRS, en l'absence des documents et des annexes de référence sur lesquels il est fondé. Quelle que soit la valeur accordée à ces facteurs, il semble aujourd'hui qu'elle n'était pas justifiée.

[41] Pour évaluer le danger que représente M. Jaballah pour la sécurité du Canada, le représentant s'appuie, notamment, à titre de preuve concluante que M. Jaballah doit être exclu de territoire pour des raisons de sécurité, sur une décision antérieure de la Cour déterminant que le certificat du ministre est raisonnable. À l'époque, cet énoncé était approprié mais il ne l'est plus aujourd'hui. Même s'il est toujours possible que la même décision soit rendue, ma décision de l'époque a été invalidée par la Cour d'appel. Il est vrai que la décision de la Cour d'appel a été rendue après la décision du représentant du ministre dont est maintenant saisie la Cour mais le fait que ma décision ait été invalidée signifie qu'elle ne peut servir de fondement à la décision du représentant du ministre. En outre, comme il est clairement précisé dans *Mahjoub* et *Almrei*, toute décision reconnaissant le caractère raisonnable du certificat des ministres ne constitue pas, en soi, une conclusion que M. Jaballah représente une menace pour la sécurité du Canada.

[42] Le deuxième facteur concerne la valeur accordée aux renseignements classifiés examinés par le représentant et que ce dernier qualifie de «très convaincants»; il accorde une très grande valeur probante à cet élément de preuve, en particulier lorsqu'il évalue le risque encouru par M. Jaballah par rapport à la menace que représente sa présence ici, au Canada, pour la sécurité nationale. Comme je l'ai mentionné plus haut, ces renseignements classifiés comprennent le RRS, un résumé de l'information dont disposent le SCRS et les ministres, mais seule la partie principale du rapport a été remise au représentant, les documents et les annexes de référence ayant été omis. Soulignons qu'en l'espèce, lors de procédures antérieures portant sur le certificat, M. Jaballah n'a présenté aucune preuve pour tenter de contredire la preuve figurant dans le dossier public dont il avait copie, relativement à de nouveaux événements et à de nouvelles circonstances préoccupant les ministres depuis l'invalidation de leur premier certificat. La preuve

of this Court on February 5, 2002. The Minister's delegate might have relied on the public record in this case, but the decision indicates otherwise. In review of the decision it is not now possible, or appropriate, for the Court to ignore the delegate's acknowledged reliance on information other than that in the public record, which information was not original source documents.

[43] Under subparagraph 113(d)(ii), applicable in Mr. Jaballah's case, the basis of refusal is to be "because of the nature and severity of acts committed by the applicant or because of the danger that the applicant constitutes to the security of Canada." Only the latter was assessed by the delegate and no assessment is made of the nature and severity of acts by Mr. Jaballah. In my opinion, there is not any adequate assessment of the danger he constitutes to Canadian security. In the words of Madam Justice Simpson in *Sogi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 517 (F.C.), at paragraph 20, where a similar assessment was made "These conclusions may well be accurate but, in *Suresh*, the Supreme Court of Canada made it clear that, before deciding to return a refugee to torture, there must be evidence of a serious threat to national security. . . the Deportation Decision does not adequately define and explain the Threat." Similarly, here the assessment of the Ministers' certificate as reasonable, and review of factors upon which the certificate indicated grounds for concluding Mr. Jaballah is inadmissible to Canada, does not adequately define and explain the danger to Canada.

Relevant circumstances ignored

[44] In assessing "exceptional circumstances" that would justify Mr. Jaballah's deportation to face torture,

de nouvelles circonstances est fournie dans le résumé public et les documents de référence communiqués le 14 août 2001, le témoignage public d'un agent du SCRS et les résumés des renseignements complémentaires déposés sur ordonnance de la Cour le 5 février 2002. Le représentant du ministre s'est peut-être appuyé sur les documents publics dans cette affaire mais sa décision indique le contraire. En examinant la décision en cause, il est aujourd'hui possible ou souhaitable, pour la Cour, de ne pas tenir compte de la valeur que le représentant reconnaît avoir accordée à des renseignements qui ne figuraient pas dans le dossier public, renseignements qui ne provenaient pas des sources documentaires originales.

[43] Aux termes du sous-alinéa 13d)(ii), qui s'applique au cas de M. Jaballah, le refus doit se justifier «en raison de la nature et de la gravité de ses actes passés ou du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada». Le représentant s'est contenté d'évaluer ce dernier élément seulement et il a omis d'examiner la nature et la gravité des actes de M. Jaballah. Selon moi, le représentant n'a pas correctement évalué la menace que M. Jaballah représente pour la sécurité du Canada. Pour reprendre les termes de M^{me} la juge Simpson, dans *Sogi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 517 (1^{re} inst.), au paragraphe 20, où il était question d'une évaluation semblable, «[i]l se peut très bien que ces conclusions soient exactes, mais, dans *Suresh*, la Cour suprême du Canada a clairement dit que, avant de décider de retourner un réfugié dans un pays où il risque d'être torturé, il doit exister une grave menace à la sécurité nationale [. . .] la décision d'expulsion ne définit pas la menace et n'explique pas adéquatement en quoi elle consiste». De la même manière dans la présente instance, la détermination du caractère raisonnable du certificat du ministre et l'examen des facteurs sur lesquels était fondé le certificat attestant que M. Jaballah devait être interdit de territoire au Canada, ne définissent pas et n'expliquent pas clairement la menace que le défendeur représente pour le Canada.

Circonstances pertinentes dont le représentant n'a pas tenu compte

[44] Pour évaluer les «circonstances exceptionnelles» qui justifieraient l'expulsion de M. Jaballah vers un pays

the decision of the Minister's delegate relies upon the terrorist activities of the AJ and its link to Al Qaida, and Mr. Jaballah's association with some AJ activities and some leaders of AJ, to reach the conclusion that his presence in Canada constitutes an extraordinary danger to the security of Canada. There is no reference to circumstances facing Canada or its security, other than the conclusion that it is endangered by Mr. Jaballah's presence in Canada.

[45] In *Suresh*, at paragraph 78, the Supreme Court referred to exceptional circumstances to be established as a ground for justifying deportation to face torture, in terms of "natural disasters, the outbreak of war, epidemics and the like", and the Court referred to its decisions in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at page 518, and in *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at paragraph 90. The former deals with exceptional circumstances warranting criminal legislation in assessing federal legislative capacity under the distribution of powers between provinces and the federal government. The latter case refers to special circumstances justifying, under section 1 of the Charter, action which otherwise would violate section 7. In both those cases the exceptional circumstances referred to are not those directly related only to the person of concern, rather the circumstances referred to appear to concern those facing Canada as a nation. In this case, the Minister's delegate makes no reference to such circumstances except as the reader may infer, that Mr. Jaballah presents a continuing danger to national security. While I agree that *Suresh* should not be read as limiting exceptional conditions to those suggested as illustrations, the decision here in issue fails to assess conditions facing Canada as a nation that would warrant exception from section 7 protection, either in the balancing of fundamental rights or in the examination of evidence to support an exception based on section 1 of the Charter.

où il risque la torture, le représentant du ministre se fonde sur les activités terroristes du groupe Al Jihad et sur ses liens avec Al-Qaïda, sur la participation de M. Jaballah à certaines activités d'Al Jihad et ses rapports avec certains dirigeants de cette organisation; il en conclut que sa présence au Canada constitue une très grave menace pour la sécurité du pays. Il ne fait aucune mention des circonstances qui menaceraient le Canada ou sa sécurité, hormis la conclusion que la seule présence de M. Jaballah sur le territoire canadien constitue un danger pour le Canada et sa sécurité.

[45] Dans *Suresh*, au paragraphe 78, la Cour suprême mentionne les circonstances exceptionnelles que l'on doit prouver pour justifier l'expulsion malgré un risque de torture à savoir «les désastres naturels, le déclenchement d'hostilités, les épidémies et ainsi de suite», renvoyant à ses arrêts *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la page 518, et dans *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J)*, [1999] 3 R.C.S. 46, au paragraphe 90. Le premier traite des circonstances exceptionnelles justifiant des mesures pénales, alors que la Cour évaluait le pouvoir législatif du gouvernement fédéral en ce qui concerne la distribution du courant entre les provinces et le gouvernement fédéral. Le second traite des circonstances exceptionnelles justifiant, en vertu de l'article premier de la Charte, des mesures qui seraient autrement contraires à l'article 7. Dans les deux cas, les circonstances exceptionnelles dont il est fait mention ne sont pas celles qui se rapportent directement à l'individu concerné; il s'agit plutôt des circonstances qui semblent constituer une menace pour le Canada en tant que nation. En l'espèce, le représentant du ministre ne fait aucune mention de telles circonstances, hormis le fait que M. Jaballah représenterait un danger permanent pour la sécurité nationale, comme on peut le déduire à la lecture de la décision. Je reconnais que l'on ne doit pas interpréter *Suresh* de manière à limiter les conditions exceptionnelles à celles qui sont mentionnées à titre d'exemple. Dans sa décision, le représentant n'évalue pas les conditions auxquelles serait confronté le Canada en tant que nation et qui justifieraient de déroger à l'article 7, soit dans la pondération des droits fondamentaux, soit dans l'examen des éléments de preuve qui justifieraient une exception à l'article premier de la Charte.

[46] The conclusion that Mr. Jaballah constitutes a danger to Canada appears based on the assumption that Mr. Jaballah's continued presence in Canada would be without supervision or restraint. In fact, since 1999 he has spent more than four years in detention, some, if not all of that, in solitary confinement, during which he has presumably had no contact with AJ, or with anyone other than persons permitted by his keepers. During the limited periods he was free from physical restraint he was not free from observation or interviews by Canadian authorities. Those or any other circumstances limiting his freedom in this country are not considered at all in assessing the danger he poses to the security of Canada.

[47] In my view, it was an error in law to fail to consider certain factors relevant to a determination that Mr. Jaballah constitutes a danger, that is a potentially serious threat, to Canadian security (see *Suresh*, at paragraphs 88-91).

Mr. Jaballah's family

[48] Consideration of humanitarian and compassionate circumstances of Mr. Jaballah's family was requested by his counsel, albeit with minimal supporting submissions. Yet it was required in accord with *Baker* and with section 25 of IRPA. Whether humanitarian and compassionate consideration of his family circumstances was appropriate here was assumed. Yet, consideration here given made no direct reference to implications for the family from Mr. Jaballah's removal to face torture or death. It made no reference to the status of Mr. Jaballah's wife and their four children born abroad, as refugee claimants in Canada, information that would have been available to the Minister or the Minister's delegate from immigration files. There was no consideration that one of those children, born in Pakistan, may have no status in Egypt.

[49] In my view the consideration here given was not that specifically required under section 25 of "the best

[46] La conclusion voulant que M. Jaballah constitue une menace pour le Canada semble fondée sur la présomption que sa présence permanente au pays ne serait assortie d'aucune surveillance ou contrainte. En fait, depuis 1999, il a passé plus de quatre ans en détention, dont une bonne partie sinon la totalité, en isolement cellulaire. Au cours de cette période, on peut présumer qu'il n'a eu aucune relation avec Al Jihad ni avec quiconque, hormis les personnes autorisées par ses gardiens. Lors des courtes périodes où il a bénéficié de sa liberté de mouvements, il a été observé ou interrogé par les autorités canadiennes. Le représentant n'a pas tenu compte de ces circonstances ni d'aucune autre condition susceptible de restreindre la liberté de M. Jaballah dans ce pays, lorsqu'il a évalué le danger que ce dernier représente pour la sécurité du Canada.

[47] À mon avis, le représentant du ministre a commis une erreur de droit en omettant de tenir compte de certains facteurs pertinents pour décider que M. Jaballah représente un danger, à savoir une menace potentiellement grave pour la sécurité du Canada (voir *Suresh*, aux paragraphes 88 à 91).

La famille de M. Jaballah

[48] L'avocat de M. Jaballah a demandé à la Cour de tenir compte des motifs d'ordre humanitaire à l'égard de sa famille, quoiqu'il ait présenté fort peu d'arguments à cet égard. Il a tout de même formulé cette demande en prenant appui sur la décision *Baker*, et sur l'article 25 de la Loi. Il a tenu pour acquis que les considérations d'ordre humanitaire liées à la situation de la famille de M. Jaballah étaient pertinentes en l'espèce. Toutefois, il n'a fait aucune mention directe des incidences pour sa famille d'une éventuelle expulsion de M. Jaballah vers un pays où il risque la torture ou la mort. Il n'a pas dit un mot sur le statut de l'épouse de M. Jaballah et de leurs quatre enfants nés à l'étranger, en tant que revendicateurs du statut de réfugié au Canada, information que le ministre ou son représentant pouvait obtenir en consultant les dossiers d'immigration. Il n'a pas été tenu compte du fait que l'un des enfants, né au Pakistan, pourrait n'avoir aucun statut en Égypte.

[49] Selon moi, l'analyse effectuée par le représentant du ministre n'est pas celle exigée à l'article 25,

interests of a child directly affected.” Whatever their status in Canada, simply to conclude, as the decision does, that Mr. Jaballah’s “proposed deportation from Canada would not deprive his children of his emotional and financial support any more than his current detention has”, implicitly ignores the substantial risk of death or torture facing Mr. Jaballah if he be deported to Egypt, and the effect that may be expected to have upon his family members, including children born in Canada or in Pakistan. Those were matters not assessed or referred to by the decision.

[50] Simply put the decision, in my opinion, does not adequately take into account the best interests of any of Mr. Jaballah’s children, who would be directly affected by a decision that he is, or is not, a person in need of protection at this time.

Summation and conclusion

[51] I consider the Minister’s delegate erred in law by undue reliance on certain matters, i.e., my earlier decision that the Minister’s certified opinion is reasonable, a decision quashed by the Court of Appeal, and the weight given to a summary secret narrative report (not released to Mr. Jaballah) without access for the delegate to the reference documents on which it is based. Further, by failing to describe the danger to Canada’s security that Mr. Jaballah is said to represent, by failing to consider as a factor the effect of his continued restraint in one form or another while he remains in Canada, and by failing to consider adequately the best interests of his children, the Minister’s delegate erred.

[52] In this case I find that the decision maker erred in law within subsection 18.1(4) of the *Federal Courts Act*, or to express it differently, that the ultimate decision to refuse the application for protection was patently unreasonable based upon a finding of facts made without appropriate regard to the all of the

c’est-à-dire qu’il n’a pas tenu compte «de l’intérêt supérieur de l’enfant directement touché». Quel que soit leur statut au Canada, le simple fait de conclure, comme le fait le représentant dans sa décision, que l’expulsion de M. Jaballah ne priverait pas «davantage ses enfants de son soutien affectif et financier que sa situation de détention actuelle» signifie implicitement que le représentant a omis de prendre en compte le risque de mort ou de torture auquel serait exposé M. Jaballah advenant son expulsion en Égypte, et les effets qu’une telle situation pourrait avoir sur les membres de sa famille, y compris ses enfants nés au Canada ou au Pakistan. Ces questions n’ont pas été examinées ou mentionnées dans la décision en cause.

[50] Autrement dit, la décision ne tient pas suffisamment compte, à mon avis, des intérêts supérieurs des enfants de M. Jaballah, lesquels seraient directement affectés par une décision établissant qu’il est, ou n’est pas, une personne ayant besoin d’être protégée à l’heure actuelle.

Conclusion

[51] J’estime que le représentant du ministre a commis une erreur de droit en s’appuyant indûment sur certains éléments, à savoir ma décision antérieure voulant que l’opinion attestée du ministre soit raisonnable, décision subséquentement invalidée par la Cour d’appel, et la valeur probante accordée au résumé d’un rapport détaillé secret (qui n’a jamais été communiqué à M. Jaballah), sans avoir eu accès aux documents de référence sur lequel le rapport était fondé. De plus, en omettant de décrire le danger que M. Jaballah est censé représenter pour la sécurité du Canada, en s’abstenant de tenir compte du fait que M. Jaballah est constamment surveillé, sous une forme ou sous une autre, pendant son séjour au Canada, et en omettant de prendre en compte, d’une manière appropriée, les intérêts supérieurs de ses enfants, le représentant du ministre a commis une erreur.

[52] Je conclus que le représentant a rendu une décision entachée d’une erreur de droit, au sens du paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*; autrement dit, la décision finale de refuser la demande de protection est manifestement déraisonnable car elle est fondée sur des conclusions de faits auxquelles le

evidence and circumstances of the case.

[53] I appreciate that the Minister or his delegate have a difficult task. If it is to be lawful within subsection 79(2) the decision on the application for protection must be made in accord with the law, and the reasons to support the decision must be articulated, both in assessing the danger that Mr. Jaballah's presence in Canada constitutes to our national security, and in seeking to balance the danger so identified and the threat to Mr. Jaballah that his deportation to torture would create.

[54] I have not here dealt with the arguments of the parties concerning the implications of Canada's obligations under the *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (CAT) in light of the enactment of IRPA. A general discussion of the Refugee Convention [*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] and the *International Covenant on Civil and Political Rights* [December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47], and of the possible recognition of a prohibition against deportation to torture as a peremptory norm of international law, is found in the Supreme Court's decision in *Suresh*, at paragraphs 59-75. The issues were discussed at some length in this case, and briefly referred to by my colleagues, Dawson J. in *Mahjoub*, at paragraphs 64-65 and Blanchard J. in *Almrei*, at paragraphs 97-102, both clearly as *dicta*.

[55] While Mr. Jaballah's submissions are not without merit, I am not satisfied that the matter was fully argued before me, particularly in light of the chronology of decisions, by the Supreme Court in *Suresh* (concerning the previous *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2]), the enactment by Parliament and coming into force of IRPA and the full implications of Parliament's inclusion of paragraph 3(3)(f) of the IRPA that "[t]his Act is to be construed and applied in a manner that . . . (f) complies with international human rights instruments to which Canada is signatory."

représentant est parvenu sans tenir compte de l'ensemble des éléments de preuve et des circonstances de l'affaire.

[53] Je reconnais que le ministre et son représentant n'ont pas une tâche facile. Pour que la décision relative à la demande de protection soit légale au sens du paragraphe 79(2), elle doit être rendue en conformité de la loi et les motifs au soutien de cette décision doivent être précisés, tant en ce qui concerne l'évaluation de la menace que représente la présence de M. Jaballah pour la sécurité du Canada qu'en ce qui concerne l'exercice de pondération entre la menace ainsi définie et le risque de torture auquel serait exposé M. Jaballah advenant son expulsion.

[54] Dans mes motifs, je n'ai pas examiné les arguments des parties sur les incidences des obligations du Canada en vertu de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* (la Convention), eu égard à l'adoption de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Un exposé général sur la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* [19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47], et sur la possible reconnaissance que l'interdiction d'expulser une personne risquant la torture constitue une norme internationale impérative, se trouve dans l'arrêt de la Cour suprême *Suresh*, aux paragraphes 59 à 75. Ces questions ont été examinées de manière relativement détaillée dans cette affaire et plus brièvement par mes collègues, les juges Dawson, dans *Mahjoub*, aux paragraphes 64 et 65, et Blanchard, dans *Almrei*, aux paragraphes 97 à 102, dans le cadre de remarques nettement incidentes.

[55] Bien que les arguments de M. Jaballah ne soient pas sans fondement, je ne suis pas convaincu que la question ait été pleinement débattue devant la Cour, particulièrement en ce qui concerne la chronologie des décisions, celle de la Cour suprême dans *Suresh* (portant sur l'ancienne *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2], l'adoption par le législateur et l'entrée en vigueur de la nouvelle *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et toutes les incidences de l'inclusion de l'alinéa 3(3)(f) de la Loi du passage suivant: «L'interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour

[56] In my opinion, for the reasons set out, the decision of the Minister's delegate to refuse the application for protection was not lawfully made and is now set aside by separate order. I do not make any decision with respect to the reasonableness of the certificate of the Ministers at this time. In accord with subsection 80(2) of the IRPA, I suspend further consideration of that matter, pending a decision by the Minister or his delegate on reconsideration of the application for protection.

effet [. . .] de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire».

[56] À mon avis, pour les motifs exposés plus haut, la décision du représentant des ministres de refuser la demande de protection n'a pas été prise légalement et elle est aujourd'hui invalidée par voie d'ordonnance distincte. Je ne statue pas sur le caractère raisonnable du certificat des ministres pour le moment. Conformément au paragraphe 80(2) de la Loi, je suspends l'examen de la présente affaire, en attendant que le ministre ou son représentant se prononce après nouvel examen de la demande de protection.

IMM-1070-04
2005 FC 347

IMM-1070-04
2005 CF 347

Francis Sebamalai Figurado (*Applicant*)

Francis Sebamalai Figurado (*demandeur*)

v.

c.

The Solicitor General of Canada (*Respondent*)

Le solliciteur général du Canada (*défendeur*)

INDEXED AS: FIGURADO v. CANADA (SOLICITOR GENERAL) (F.C.)

RÉPERTORIÉ: FIGURADO c. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) (C.F.)

Federal Court, Martineau J.—Toronto, December 14, 2004; Montréal, March 10, 2005.

Cour fédérale, juge Martineau—Toronto, 14 décembre 2004; Montréal, 10 mars 2005.

Citizenship and Immigration — Judicial Review — Federal Court Jurisdiction — Pre-removal risk assessment (PRRA) officer's decision applicant not Convention refugee, person in need of protection — Applicant Tamil from Sri Lanka — F.C. having denied stay, applicant removed — Whether application moot; if so, whether Court should exercise discretion to entertain application — Whether removal rendered nugatory any remedy F.C. could grant — Review of case law on whether removal rendering judicial review application moot or remedy under Federal Courts Act, s. 18.1(3) nugatory — Law now that Court's power to order return restricted by IRPA, s. 52(1) — F.C. lacks power to direct PRRA officer to grant protection application unless negative decision based on error of law — While removal rendering judicial review moot, nugatory, F.C. retaining discretion to decide on irreparable harm, may grant stay to prevent — Nature, purpose of PRRA process, explained — Parliamentary intent — Redetermination of no practical effect if deportee killed — Canada unable to protect those outside jurisdiction — F.C. departing from adjudicative role if ordering reconsideration after removal — Would establish new category of persons in need of protection — No reviewable error by PRRA officer.

Citoyenneté et Immigration — Contrôle judiciaire — Compétence de la Cour fédérale — Décision de l'agent d'examen des risques avant renvoi (ERAR) selon laquelle le demandeur n'est pas un «réfugié au sens de la Convention», ni une «personne à protéger» — Le demandeur est un Tamoul, citoyen du Sri Lanka — La Cour fédérale a rejeté la requête en sursis et le demandeur a été renvoyé — La Cour devait déterminer si la demande était théorique et, le cas échéant, déterminer si elle devait exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre l'affaire — Elle devait également déterminer si le renvoi rendait inutile toute réparation accordée par la Cour — Examen de la jurisprudence pour décider si le renvoi a pour effet de rendre sans objet une demande de contrôle judiciaire, ou inutile toute réparation que pourrait accorder la Cour fédérale en vertu de l'art. 18.1(3) de la Loi sur les Cours fédérales — Aujourd'hui, la compétence de la Cour pour ordonner le retour est restreinte par l'art. 52(1) de la LIPR — La Cour fédérale n'a pas compétence pour enjoindre l'agent ERAR à accueillir la demande de protection à moins que sa décision négative soit fondée sur une erreur de droit — Bien que le renvoi ait rendu le contrôle judiciaire sans objet ou inutile, la Cour fédérale conserve la compétence de déterminer s'il y a préjudice irréparable et d'accorder un sursis pour l'éviter — Explications sur la nature et l'objet du processus ERAR — Intention du législateur — La décision d'un nouvel ERAR ne sera pas utile si le demandeur renvoyé a été tué — Le Canada ne peut assurer la protection d'une personne qui se trouve en dehors de ses frontières — La Cour fédérale s'écarterait de son rôle juridictionnel si elle ordonnait un nouvel examen après le renvoi — Cela constituerait une nouvelle catégorie de personne à protéger — L'agent ERAR n'a commis aucune erreur susceptible de révision.

Practice — Mootness — Judicial review of pre-removal risk assessment officer's decision applicant not Convention refugee — F.C. denied stay, applicant removed — Whether application moot, if so, whether F.C. should exercise discretion to entertain — Case law not unanimous on point — Review,

Pratique — Caractère théorique — Contrôle judiciaire de la décision de l'agent d'examen des risques avant renvoi selon laquelle le demandeur n'était pas un «réfugié au sens de la Convention» — La Cour fédérale a rejeté la requête en sursis et le demandeur a été renvoyé — La Cour doit décider si la

exposition of law — Impact of relevant legislation, considered — Whether deportation abrogates all statutory rights — Recent F.C.A. decision, recognized removal renders application moot — Three Borowski v. Canada (Attorney General) criteria for exercise of discretion not all met — Court, however, acceding to both sides' wishes application be determined on merits.

This was an application for judicial review of a pre-removal risk assessment officer's decision that applicant was neither a Convention refugee nor a person in need of protection within *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), sections 96 and 97.

According to the applicant, a Tamil citizen of Sri Lanka, he was captured by the Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE) and, after his release, was taken into custody and beaten by the Sri Lankan army on the suspicion that he was a LTTE member. His refugee claim under the former *Immigration Act* was denied, the Immigration and Refugee Board's CRDD concluding that he had failed to establish a well-founded fear of persecution by either the army or the LTTE. Applicant was notified of a negative pre-removal risk assessment (PRRA), that the removal order against him was to be enforced and that he had to attend at Toronto's Pearson Airport. This Court having rejected his motion for a stay of the enforcement of the removal order pending the hearing of this application on the ground that no serious issue had been raised, applicant was removed. Accordingly, a preliminary issue was whether the application was moot and, if so, whether it should, nevertheless, be entertained. The substantive issue was whether the PRRA officer committed a reviewable error.

Held, the application should be dismissed.

The case law has not been unanimous on the question of whether an individual's removal renders moot a judicial review application or nugatory any remedy that could be granted under *Federal Courts Act*, subsection 18.1(3). But today, it would appear that the Court's power to order a return is expressly limited by IRPA, subsection 52(1), which prescribes that "the foreign national shall not return to Canada, unless authorized by an officer or in other prescribed circumstances". It is likely that the Court has no power to order the respondent

demande est théorique et, le cas échéant, si elle doit exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre l'affaire — La jurisprudence n'est pas unanime sur cette question — Examen et exposé du droit — Examen de l'incidence des dispositions législatives applicables — Il convient de déterminer si l'expulsion d'une personne écarte les droits accordés par la loi — Dans une décision récente de la C.A.F., il a été décidé que le renvoi rendait la demande théorique — Il n'a pas été satisfait aux trois critères de l'arrêt Borowski c. Canada (Solliciteur général) en matière d'exercice du pouvoir discrétionnaire — La Cour a toutefois accepté, à la demande des deux parties, d'examiner la demande sur le fond.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision d'un agent d'examen des risques avant renvoi dans laquelle l'agent a déterminé que le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger au sens des articles 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR).

Le demandeur, un Tamoul, citoyen du Sri Lanka, affirme qu'il a été enlevé par les Tigres de libération de l'Eelam tamoul (TLET) et que, après sa libération, il a été arrêté par l'armée sri-lankaise puis battu parce qu'on le soupçonnait d'appartenir aux TLET. Sa demande de statut de réfugié en vertu de la *Loi sur l'immigration* (l'ancienne loi) a été rejetée par la Section du statut du réfugié de la Commission de l'immigration et du statut du réfugié (CISR) au motif qu'il n'avait pas établi qu'il craignait avec raison d'être persécuté par l'armée et par les TLET. Le demandeur a été avisé de la décision négative d'examen des risques avant renvoi (ERAR), de la mesure de renvoi prise contre lui qui devenait exécutoire et de la date à laquelle il devait se présenter à l'aéroport Pearson de Toronto. Comme la Cour fédérale a rejeté sa requête en sursis d'exécution de la mesure de renvoi jusqu'à ce que la présente demande de contrôle judiciaire soit entendue parce qu'elle a décidé qu'il n'y avait aucune question sérieuse à trancher, le demandeur a été renvoyé. La question préliminaire en l'espèce était donc de déterminer si la demande était théorique et, le cas échéant, si la Cour devait tout de même exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre l'affaire. La question principale était de déterminer si l'agent ERAR avait commis une erreur susceptible de contrôle.

Jugement: la demande doit être rejetée.

La jurisprudence n'est pas unanime sur la question de savoir si le renvoi d'une personne rend sans objet une demande de contrôle judiciaire, ou inutile toute réparation que pourrait accorder la Cour en vertu du paragraphe 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Aujourd'hui, il semble que le pouvoir de la Cour d'ordonner le retour d'un demandeur soit limité, en termes exprès, par le paragraphe 52(1) de la LIPR qui prévoit que l'exécution de la mesure de renvoi contre l'étranger «emporte interdiction de revenir au Canada, sauf autorisation

to return an applicant to Canada. Furthermore, the Court lacks power to direct a PRRA officer to grant a protection application unless the negative decision was based upon a determinative error of law. While removal undoubtedly renders an underlying judicial review application moot or nugatory, this fact alone should not constitute the only governing factor in the exercise of the Court's discretion to grant a stay, as it would otherwise deprive the Court of the discretion to decide questions of irreparable harm. That said, the Court retains a discretion to decide questions of irreparable harm according to the facts of each case and, if a serious issue is otherwise raised, where the individual's life or security are at risk a stay will be granted in order to avoid irreparable harm.

The PRRA process was designed to provide for a review prior to removal and it came out of Federal Court of Appeal and Supreme Court of Canada case law calling for a means of timely risk assessment that would comply with Charter, section 7. Parliament's principal intention in enacting the PRRA process was to comply with Canada's domestic and international commitments to the principle of non-refoulement. The intention was that a PRRA be carried out immediately prior to removal. That a PRRA applicant benefits from a statutory stay of removal pursuant to section 232 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* (IRPR) is indicative of the legislative intent that a PRRA be completed before an applicant is returned to face the risks alleged. The fundamental purpose of a PRRA is to determine whether or not the individual can be removed without becoming subject to persecution, torture or inhumane treatment. That purpose is terminated upon removal. If returned and tortured or put to death, the PRRA's redetermination would be deprived of any practical effect. That is why, in numerous cases, judges have granted stays to prevent irreparable harm. It is difficult, if not impossible, for Canada to protect an individual who is outside its boundaries. So there is considerable force in counsel's submission that a judicial review application to set aside a negative PRRA decision is somewhat moot once applicant has been removed. What good is it to order that a risk redetermination be conducted as if the individual were still in Canada, when in fact he has been removed a long time ago?

The Court had to determine whether the PRRA officer breached the rules of procedural fairness or otherwise committed reviewable error. The Court was limited to ordering

de l'agent ou dans les autres cas prévus par règlement». Il est probable que la Cour n'ait pas le pouvoir d'ordonner le retour d'un demandeur au Canada. Il est également clair que la Cour n'a pas le pouvoir d'ordonner à l'agent d'ERAR d'accueillir la demande de protection du demandeur, sauf si la décision ERAR négative est fondée sur une erreur de droit décisive. Bien que le renvoi rende très certainement la demande de contrôle judiciaire inutile ou théorique, ce fait, à lui seul, ne devrait pas être décisif pour ce qui touche le pouvoir discrétionnaire de la Cour d'accorder un sursis puisqu'il priverait en fait la Cour de son pouvoir discrétionnaire de décider s'il y a un préjudice irréparable. Ceci dit, la Cour conserve ce pouvoir compte tenu des faits en cause et, si l'affaire soulève une question sérieuse concernant un risque de menace à la vie ou à la sécurité de la personne, il sera possible d'accorder un sursis dans le but d'éviter un préjudice irréparable.

Le processus ERAR a été mis en œuvre pour qu'une personne puisse demander l'examen des risques avant son renvoi et il est le résultat de décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour suprême du Canada dans lesquelles les juges ont demandé une évaluation en temps utile des risques, aux fins de l'article 7 de la Charte. En adoptant le processus ERAR, le législateur voulait surtout respecter les engagements nationaux et internationaux du Canada relativement au principe du non-refoulement. L'ERAR doit être effectué juste avant l'exécution de la mesure de renvoi. Le fait que, conformément à l'article 232 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (RIPR), les demandeurs d'ERAR bénéficient d'un sursis de la mesure de renvoi, indique que le législateur voulait que l'ERAR soit complété avant le renvoi du demandeur pour faire face au risque qu'il allègue. L'objet principal de l'ERAR est de décider si une personne peut être renvoyée sans qu'elle soit exposée à la persécution, à la torture ou à des traitements inhumains. Cet objet cesse d'exister lorsque la personne est renvoyée. Si le demandeur est renvoyé et qu'il a été soumis à la torture ou tué, le nouvel ERAR n'aura, à toutes fins pratiques, pas d'effet. C'est pourquoi les juges ont, dans de nombreuses décisions, accordé un sursis pour éviter un préjudice irréparable. Il est difficile, voire impossible pour le Canada de protéger efficacement une personne qui se trouve en dehors de ses frontières. Par conséquent, l'argument présenté par l'avocat du demandeur, selon lequel toute demande de contrôle judiciaire d'une décision négative ERAR est sans objet si la personne visée a été renvoyée, est très percutant. Pour quelle raison le tribunal ordonnerait-il un nouvel examen du risque comme si le demandeur se trouvait toujours au Canada alors que, dans les faits, il y a bien longtemps qu'il a été renvoyé?

La Cour devait décider si l'agent ERAR avait violé les règles d'équité procédurale ou s'il avait commis une autre erreur susceptible de contrôle. Elle ne pouvait qu'ordonner un

a redetermination and could not substitute its opinion on the risk issue. Even if the Court were to consider the officer's conclusion to have been capricious, it would not be entitled to reach a different conclusion upon a reassessment of the evidence. Furthermore, if the Court were to order reconsideration after removal, it could be seen as departing from its adjudicative role within our political framework. It would amount almost to the establishment of a new category of persons in need of protection: those removed who continue to claim, from outside Canada, to still be a risk. Refugee protection should be limited to those out of Canada who fall within one of the categories identified by the IRPR. Even so, given the exceptional situation (resulting from the fact that leave was granted after a stay was denied on the ground of the absence of a serious issue) and as both sides insisted that the Court examine the merits, as well as the unsettled state of the law as to mootness in this immigration context, the Court decided to exercise its discretion to entertain the application even though the issues were, for the most part, moot and not all of the three *Borowski v. Canada (Attorney General)* criteria (collateral legal consequences providing the necessary adversarial context, concern for judicial economy and sensitivity to the efficacy of judicial intervention) were here met.

On the merits, the PRRA officer committed no reviewable error and the applicant was merely seeking a re-weighing of the evidence. The impugned decision, when considered in its entirety, was reviewed according to the *reasonableness simpliciter* standard but the Court would not substitute its decision on a particular finding of fact for that of the PRRA officer unless made in a perverse or capricious manner or without having regard to the material before the officer. A PRRA is not an appeal against the Board's decision but rather an assessment based on new evidence that arose after rejection of a refugee claim or was not reasonably available at that time. The officer's determination of "changed circumstances" is an issue for factual determination. The officer's conclusion was reasonable, supported by the documentary evidence and could stand up to a probing examination. One of the documents relied on, the U.K. *Asylum and Appeals Policy Directorate Operational Guidance Notes — Sri Lanka*, suggested that human rights were generally respected by both the Sri Lankan authorities and the LTTE. In his resumé of the facts, the officer demonstrated an understanding that the applicant was fearful of both the authorities and the LTTE and he assessed the risk to applicant at the hands of both. He understood and referred to each of applicant's allegations of risk. The officer did not ignore the "contrary evidence" and a failure to list all of the

nouvel examen et ne pouvait substituer son opinion sur la question du risque à celle de l'agent ERAR. Même si la Cour décidait que la conclusion de l'agent à cet égard était abusive, elle ne serait pas pour autant autorisée à réévaluer la preuve et à tirer une conclusion différente. En outre, en ordonnant un nouvel examen après le renvoi, on pourrait considérer que la Cour s'écarte de son rôle juridictionnel dans notre système politique. Cela équivaudrait presque à la création d'une nouvelle catégorie de personne à protéger, à savoir les personnes renvoyées du Canada qui persistent à dire, de l'extérieur du Canada, qu'elles sont soumises à un risque. Les personnes à protéger devraient uniquement être celles qui se trouvent à l'extérieur du Canada qui font partie de l'une ou l'autre des catégories définies dans le RPR. Toutefois, vu la situation exceptionnelle (issue du fait que l'autorisation a été accordée après le refus du sursis au motif d'absence de question sérieuse à trancher), vu que les deux parties ont insisté pour que la Cour examine l'affaire sur le fond et vu l'état du droit incertain sur la question théorique dans ce domaine du droit de l'immigration, la Cour a décidé d'exercer son pouvoir discrétionnaire et d'entendre la demande même si la plupart des questions soulevées étaient théoriques et même s'il n'avait pas été satisfait aux trois critères de l'arrêt *Borowski c. Canada (Solliciteur général)* (conséquences juridiques accessoires défavorables dans le contexte d'un cadre réellement contradictoire, préoccupations concernant l'économie des ressources judiciaires et sensibilité à l'efficacité de l'intervention judiciaire) en l'espèce.

En examinant la demande sur le fond, j'estime que l'agent ERAR n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle et que le demandeur sollicite simplement une nouvelle appréciation de la preuve. Lorsque la décision contestée est examinée dans sa totalité, la norme de contrôle applicable devrait être celle de la décision raisonnable *simpliciter*, mais, cela dit, lorsque l'agent ERAR tire une conclusion de fait, la Cour ne devrait pas substituer sa décision à celle de l'agent sauf si l'agent a tiré la conclusion de fait d'une manière abusive ou arbitraire et sans égard aux éléments de preuve dont il était saisi. Le processus ERAR n'est pas un appel contre la décision de la Commission; il s'agit plutôt d'une évaluation fondée sur une nouvelle preuve survenue depuis le rejet de la demande de statut de réfugié ou qui n'était pas alors normalement accessible. La décision de l'agent relativement au «changement de circonstances» est, pour l'essentiel, une décision fondée sur les faits. La conclusion générale de l'agent ERAR était raisonnable, était appuyée par la preuve documentaire au dossier et était étayée par des motifs capables de résister à un examen assez poussé. En outre, l'agent ERAR s'est fondé sur les *Asylum and Appeals Policy Directorate Operational Guidance Notes — Sri Lanka*, publiées par le R.-U., qui indiquaient que les droits de la personne étaient, en règle générale, respectés tant par les autorités sri-lankaises que par

statements buried in the documentary evidence that could support applicant's position did not constitute error. Nor did applicant succeed in proving state inability to protect him. The officer concluded that the situation in Sri Lanka had changed since applicant's departure and that, if returned, he will not be at risk.

While there was some uncertainty as to mootness and available remedies in these cases, no question was certified since answers to the questions proposed by applicant would not be determinative of this case.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10.

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27), 18.2 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28).

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2.

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 18(1), 21(2), 42(b), 48(2), 52(1),(2), 95, 96, 97, 112, 113, 114, 115, 116, 199, 240.

Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 70(2)(c), 163, 165, 169(b), 226(1), 232, 346(1).

Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2(1) "member of the post-determination refugee claimants in Canada class" (as enacted by SOR/93-44, s. 1; 97-182, s. 1).

Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5.

United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(c).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Borowski v. Canada (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75

les TLET. Dans son résumé des faits, l'agent a clairement indiqué qu'il avait compris que le demandeur craignait tant les autorités sri-lankaises que les TLET et qu'il avait évalué le risque que représentaient les deux côtés pour le demandeur. Il a bien compris et mentionné chacune des allégations de risque du demandeur. Il a tenu compte de la «preuve contraire» et l'omission de décrire, une à une, les diverses déclarations enfouies dans la preuve documentaire susceptibles d'appuyer les arguments du demandeur n'est pas une erreur. Le demandeur n'a pas non plus prouvé que l'État sri-lankais ne pouvait pas le protéger. L'agent ERAR a conclu que la situation avait changé au Sri-Lanka depuis le départ du demandeur de ce pays et que son retour ne l'exposerait pas à un risque.

Bien que la jurisprudence concernant les décisions sans objet et les réparations possibles demeure incertaine, aucune question proposée n'a été certifiée parce que les réponses n'auraient pas été déterminantes dans la présente affaire.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.

Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, Art 1Fc).

Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10.

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27), 18.2 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28).

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5.

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2.

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 18(1), 21(2), 42b), 48(2), 52(1),(2), 95, 96, 97, 112, 113, 114, 115, 116, 199, 240.

Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2(1) «demandeur non reconnu du statut de réfugié au Canada» (édicte par DORS/93-44, art. 1; 97-182, art. 1).

Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 70(2)c), 163, 165, 169b), 226(1), 232, 346(1).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Borowski c. Canada (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75

Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *Suresh v. R.* (1998), 38 O.R. (3d) 267; 49 C.R.R. (2d) 131; 44 Imm. L.R. (2d) 181; 68 O.T.C. 1 (Gen. Div.); *Suresh v. R.* (1999), 42 O.R. (3d) 797; 116 O.A.C. 329 (Div. Ct.); *Thavachelvam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1604; [2004] F.C.J. No. 1944 (QL); *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 20 Imm. L.R. (2d) 85; 153 N.R. 321.

DISTINGUISHED:

Fabian v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2003), 244 F.T.R. 223; 39 Imm. L.R. (3d) 293; 2003 FC 1527.

CONSIDERED:

Freitas v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 F.C. 432; (1999), 161 F.T.R. 310; 49 Imm. L.R. (2d) 33 (T.D.); *Ramoutar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 370; (1993), 65 F.T.R. 32; 21 Imm. L.R. (2d) 203 (T.D.); *Selliah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 261; [2004] F.C.J. No. 1200 (QL); *Kim v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 33 Imm. L.R. (3d) 95; 2003 FCT 321; *Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123; 86 N.R. 302 (F.C.A.); *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 4 F.C. 206; (1999), 176 D.L.R. (4th) 296; 249 N.R. 28 (C.A.); *De Medeiros v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 11 (T.D.) (QL); *Hosein v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 4 Admin. L.R. (2d) 162; 53 F.T.R. 86; 17 Imm. L.R. (2d) 125 (F.C.T.D.); *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161; *Melo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 188 F.T.R. 39 (F.C.T.D.); *Resulaj v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1168; [2003] F.C.J. No. 1474 (QL); *Selliah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 256 F.T.R. 53; 37 Imm. L.R. (3d) 263 (F.C.); *El Ouardi v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FCA 42; [2005] F.C.J. No. 189 (QL); *Ero v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 226 F.T.R. 311; 25 Imm. L.R. (3d) 58 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Figurado v. Canada (Solicitor General), [2004] F.C.J. No. 296; 2004 FC 241 (QL); *Lazareva v. Canada (Minister of*

Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *Suresh v. R.* (1998), 38 O.R. (3d) 267; 49 C.R.R. (2d) 131; 44 Imm. L.R. (2d) 181; 68 O.T.C. 1 (Div. gén.); *Suresh v. R.* (1999), 42 O.R. (3d) 797; 116 O.A.C. 329 (C. div.); *Thavachelvam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1604; [2004] A.C.F. n° 1944 (QL); *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 20 Imm. L.R. (2d) 85; 153 N.R. 321.

DÉCISION DISTINCTE:

Fabian c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (2003), 244 F.T.R. 223; 39 Imm. L.R. (3d) 293; 2003 CF 1527.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Freitas c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 C.F. 432; (1999), 161 F.T.R. 310; 49 Imm. L.R. (2d) 33 (1^{re} inst.); *Ramoutar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 370; (1993), 65 F.T.R. 32; 21 Imm. L.R. (2d) 203 (1^{re} inst.); *Selliah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 261; [2004] A.C.F. n° 1200 (QL); *Kim c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2003), 33 Imm. L.R. (3d) 95; 2003 CFPI 321; *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.); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 4 C.F. 206; (1999), 176 D.L.R. (4th) 296; 249 N.R. 28 (C.A.); *De Medeiros c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 11 (1^{re} inst.) (QL); *Hosein c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 4 Admin. L.R. (2d) 162; 53 F.T.R. 86; 17 Imm. L.R. (2d) 125 (C.F. 1^{re} inst.); *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161; *Melo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 188 F.T.R. 39 (C.F. 1^{re} inst.); *Resulaj c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1168; [2003] A.C.F. n° 1474 (QL); *Selliah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2004), 256 F.T.R. 53; 37 Imm. L.R. (3d) 263 (C.F.); *El Ouardi c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CAF 42; [2005] A.C.F. n° 189 (QL); *Ero c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2002), 226 F.T.R. 311; 25 Imm. L.R. (3d) 58 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Figurado c. Canada (Solliciteur général), [2004] A.C.F. n° 296; 2004 CF 241 (QL); *Lazareva c. Canada (Ministre*

Citizenship and Immigration) (2004), 258 F.T.R. 318; 38 Imm. L.R. (3d) 285; 2004 FC 1019; *Lazareva v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1372; [2004] F.C.J. No. 1661 (QL); *New Brunswick Electric Power Commission v. Maritime Electric Company Limited*, [1985] 2 F.C. 13; (1985), 60 N.R. 203 (C.A.); *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; amended reasons [1998] 1 S.C.R. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Sharbdeen* (1994), 23 Imm. L.R. (2d) 300; 167 N.R. 158 (F.C.A.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Forde* (1997), 210 N.R. 194 (F.C.A.); *Turanskaya v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 145 D.L.R. (4th) 259; 210 N.R. 235 (F.C.A.); *Rafuse v. Canada (Pension Appeals Board)* (2002), 286 N.R. 385 (F.C.A.); *Owusu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 2 F.C.R. 635; (2004), 318 N.R. 300 (C.A.); *Lazareva v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 39; [2005] F.C.J. No. 186 (C.A.); *Farhadi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 6 Imm. L.R. (3d) 80; 257 N.R. 158 (F.C.A.); *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 SCC 1; *Shahi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 1826 (T.D.) (QL); *Zolotareva v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 241 F.T.R. 289; 2003 FC 1274 (T.D.) (QL); *Sidhu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 39; [2004] F.C.J. No. 30 (QL); *Harb v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 238 F.T.R. 194; 27 Imm. L.R. (3d) 1; 302 N.R. 178 (F.C.A.); *Yusuf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 179 N.R. 11 (F.C.A.); *Joseph v. Canada (Minister of Citizenship)* (2004), 248 F.T.R. 105; 39 Imm. L.R. (3d) 100; 2004 FC 344; *Zheng v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 27 Imm. L.R. (2d) 101 (F.C.T.D.); *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Malgorzata* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 262 (F.C.A.); *Linaogo v. Canada (Solicitor General)*, 2004 FC 335; [2004] F.C.J. No. 336 (QL); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Liyanagamage* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.).

de la Citoyenneté et de l'Immigration) (2004), 258 F.T.R. 318; 38 Imm. L.R. (3d) 285; 2004 CF 1019; *Lazareva c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1372; [2004] A.C.F. n° 1661 (QL); *Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick c. Maritime Electric Company Limited*, [1985] 2 C.F. 13; (1985), 60 N.R. 203 (C.A.); *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; motifs modifiés [1998] 1 R.C.S. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Sharbdeen* (1994), 23 Imm. L.R. (2d) 300; 167 N.R. 158 (C.A.F.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Forde* (1997), 210 N.R. 194 (C.A.F.); *Turanskaya c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 145 D.L.R. (4th) 259; 210 N.R. 235 (C.A.F.); *Rafuse c. Canada (Commission d'appel des pensions)* (2002), 286 N.R. 385 (C.A.F.); *Owusu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 2 R.C.F. 635; (2004), 318 N.R. 300 (C.A.); *Lazareva c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 39; [2005] A.C.F. n° 186 (C.A.); *Farhadi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 6 Imm. L.R. (3d) 80; 257 N.R. 158 (C.A.F.); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 CSC 1; *Shahi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 1826 (1^{re} inst.) (QL); *Zolotareva c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2003), 241 F.T.R. 289; 2003 CF 1274 (1^{re} inst.) (QL); *Sidhu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 39; [2004] A.C.F. n° 30 (QL); *Harb c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2003), 238 F.T.R. 194; 27 Imm. L.R. (3d) 1; 302 N.R. 178 (C.A.F.); *Yusuf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 179 N.R. 11 (C.A.F.); *Joseph c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2004), 248 F.T.R. 105; 39 Imm. L.R. (3d) 100; 2004 CF 344; *Zheng c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 27 Imm. L.R. (2d) 101 (C.F. 1^{re} inst.); *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Malgorzata* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 262 (C.A.F.); *Linaogo c. Canada (Solliciteur général)*, 2004 CF 335; [2004] A.C.F. n° 336 (QL); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Liyanagamage* (1994), 176 N.R. 4 (C.A.F.).

AUTHORS CITED

Regulatory Impact Analysis Statement, C. Gaz.
2001.I.4550

DOCTRINE CITÉE

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, Gaz. C.
2001.I.4550

United Kingdom. *Asylum and Appeals Policy Directorate Operational Guidance Notes—Sri Lanka*, July 23, 2003.

U.S. Department of State. *Country Reports on Human Rights Practices—2002, Sri Lanka*, Bureau of Democracy, Human Rights and Labor, March 31, 2003.

APPLICATION for judicial review of a PRRA officer's determination that applicant was neither a Convention refugee nor a person in need of protection. Application dismissed.

APPEARANCES:

Leigh Salsberg and Lorne Waldman for applicant.

Mielka Visnic for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Waldman & Associates, Toronto, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] MARTINEAU J.: This is an application for judicial review of a decision dated December 19, 2003, by S. Morgan, pre-removal risk assessment officer (the PRRA officer), who concluded that the applicant is not a "Convention refugee" nor a "person in need of protection" within the meaning of sections 96 and 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the IRPA) and accordingly rejected his application for protection.

BACKGROUND

[2] The applicant is a Tamil and a citizen of Sri Lanka. The applicant alleges that in January 1999, both he and his boat were taken by the Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE) and he was released after five days of detention. Thereafter, the applicant alleges that he was picked up by the Sri Lankan army (the army) and subsequently beaten on suspicion of membership in the LTTE. He was released after three days of detention but

Royaume-Uni. *Asylum and Appeals Policy Directorate Operational Guidance Notes—Sri Lanka*, 23 juillet 2003.

États-Unis, Département d'État. *Country Reports on Human Rights Practices—2002, Sri Lanka*, Bureau of Democracy, Human Rights and Labor, 23 mars 2003.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision de l'agent ERAR dans laquelle l'agent a déterminé que le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger. Demande rejetée.

ONT COMPARU:

Leigh Salsberg et Lorne Waldman pour le demandeur.

Mielka Visnic pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Waldman & Associates, Toronto, pour le demandeur.

Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE MARTINEAU: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision datée du 19 décembre 2003, prise par S. Morgan, agent d'évaluation des risques avant renvoi (l'agent ERAR), dans laquelle l'agent a rejeté la demande de protection du demandeur au motif qu'il n'était pas un «réfugié au sens de la Convention» ni une «personne à protéger» au sens des articles 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR).

CONTEXTE

[2] Le demandeur est un Tamoul, citoyen du Sri Lanka. Il allègue qu'en janvier 1999, les Tigres de libération de l'Eelam tamoul (TLET) ont saisi son bateau, l'ont enlevé et l'ont libéré après cinq jours de détention. Le demandeur allègue que, par la suite, il a été arrêté par l'armée sri-lankaise (l'armée) puis battu parce qu'on le soupçonnait d'appartenir aux TLET. Il a été relâché après trois jours de détention, mais il devait se

had to report weekly to the army. Furthermore, the applicant alleges that his boat was stolen and, a short time later, the army arrested him and beat him once again. The applicant fled for Canada after his release by the army.

[3] The applicant made a claim for refugee protection under the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (the former Act), now repealed, which was rejected in December 1999 by the Convention Refugee Determination Division, Immigration and Refugee Board (the Board) on the basis that he had not established a well-founded fear of persecution at the hands of the army and the LTTE.

[4] Since the rejection of his refugee claim in December 1999, the applicant remained in Canada. In July 2000, the applicant submitted an application for landing as a member of the post-determination refugee claimants in Canada class (PDRCC) under the *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172 [s. 2(1) (as enacted by SOR/93-44, s. 1; 97-187, s. 1)] (the former Regulations), now repealed. However, as of coming into force of the IRPA in June 2002 there had been no determination of whether the applicant was a member of that class. In such a case, subsection 346(1) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (the IRP Regulations), provides that the "application for landing" is an "application for protection" under sections 112-114 of the IRPA and that those sections apply to same.

[5] As it appears from the additional written submissions addressed to the PRRA officer in autumn 2003, the applicant reiterated his desire to be permitted to apply for and to become a permanent resident in Canada and re-alleged his fear of being killed upon return to Sri Lanka because he is a Tamil and he was detained by both the army and the LTTE. He alleged that the circumstances which led to his departure from Sri Lanka in 1999 were virtually the same in 2003 and in many ways more dangerous because his departure from Sri Lanka would now make him an object of suspicion by both the army and the LTTE.

présenter à l'armée chaque semaine. En outre, le demandeur allègue que son bateau a été volé et que, peu après, l'armée l'a arrêté et de nouveau battu. Le demandeur s'est enfui au Canada quand l'armée l'a relâché.

[3] Le demandeur a revendiqué le statut de réfugié en vertu de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (l'ancienne Loi), aujourd'hui abrogée, et en décembre 1999, la Section du statut de réfugié, Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission), a rejeté sa demande au motif qu'il n'avait pas établi qu'il craignait avec raison d'être persécuté par l'armée et par les TLET.

[4] Depuis le rejet de sa demande de statut de réfugié en décembre 1999, le demandeur vit au Canada. En juillet 2000, le demandeur a déposé une demande d'établissement comme membre de la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada (CDNRSRC) en vertu du *Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172 [art. 2(1) (édicte par DORS/93-44, art. 1; 97-182, art. 1)] (l'ancien Règlement), aujourd'hui abrogé. Toutefois, lors de l'entrée en vigueur de la LIPR en juin 2002, aucune décision n'avait encore été prise au sujet de la demande relative à la CDNRSRC. Le paragraphe 346(1) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le RIPR) prévoit, dans une telle situation, que la «demande d'établissement» est assimilée à une «demande de protection» en vertu des articles 112 à 114 de la LIPR et que ces dernières dispositions s'appliquent.

[5] Dans les observations supplémentaires écrites envoyées à l'agent ERAR à l'automne 2003, le demandeur a manifesté, encore une fois, son désir d'être autorisé à demander et à obtenir le statut de résident permanent au Canada et il a de nouveau allégué qu'il craignait que, s'il devait retourner au Sri Lanka, sa vie serait menacée du fait qu'il était un Tamoul et qu'il avait été détenu tant par l'armée que par les TLET. Il a allégué que les circonstances qui l'avaient amené à fuir le Sri Lanka en 1999 n'avaient pratiquement pas changé en 2003 et, qu'à bien des égards, la situation était encore plus dangereuse parce que son départ du Sri Lanka le rendait plus suspect aux yeux de l'armée et des TLET.

[6] On December 19, 2003, the PRRA officer determined that the applicant would not be subject to a risk of persecution, danger of torture, risk to life or risk of cruel and unusual treatment or punishment if he returned to Sri Lanka (the PRRA decision).

[7] On January 28, 2004, the applicant was notified in person of the negative PRRA decision. He was advised at the same time that the removal order issued against him was now enforceable. Indeed, a direction to report on Monday, March 1, 2004, at 6:30 p.m. to the Canada Immigration Centre, Pearson International Airport, was remitted to the applicant on this occasion.

[8] The applicant seeks to have the PRRA decision set aside and asks that the matter be remitted for redetermination before a different officer. However, in the meantime, on February 16, 2004 [*Figurado v. Canada (Solicitor General)*, [2004] F.C.J. No. 296; 2004 FC 241 (QL)], this Court dismissed the applicant's motion requesting a stay of the enforcement of the removal order until the present judicial review application could be heard and decided. The Motions Judge considered there was no serious issue raised. The applicant has since been removed from Canada. That said, on September 17, 2004, the applications Judge granted leave for judicial review.

MOOTNESS ISSUE

[9] Subsection 48(2) of the IRPA provides that a removal order is "enforceable" if it has come into force and is not stayed. Indeed, the removal order is "enforced" where the foreign national departs from Canada. That said, the principal effect (but not necessarily the only one) of a positive PRRA officer's determination is to stay the execution of a removal order (section 114 of the IRPA; paragraph 232(d) of the IRP Regulations). In the case at bar, following the dismissal of his refugee claim, the conditional removal order made against the applicant became enforceable. However, by virtue of section 232 of the IRP Regulations, the removal order was "stayed" pending the determination of his PRRA application. That said, the PRRA decision in this case was negative and this Court subsequently refused to stay the execution of the removal order. As a preliminary issue, due to the applicant's removal from Canada, I

[6] Le 19 décembre 2003, l'agent ERAR a décidé que le demandeur ne serait pas exposé au risque d'être persécuté, ni soumis à la torture, à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités s'il était renvoyé au Sri Lanka (la décision ERAR).

[7] Le 28 janvier 2004, le demandeur a été avisé, en personne, de la décision ERAR négative. Au même moment, il a été avisé que la mesure de renvoi prise contre lui devenait donc exécutoire. D'ailleurs, on lui a remis, par la même occasion, une convocation pour qu'il se présente le lundi, 1^{er} mars 2004, à 18 h 30, au Centre d'immigration Canada, aéroport international Pearson.

[8] Le demandeur sollicite l'annulation de la décision ERAR et le renvoi de la question à un agent différent pour nouvel examen. Toutefois, entre-temps, le 16 février 2004 [*Figurado c. Canada (Solliciteur général)*, [2004] A.C.F. n° 296; 2004 CF 241 (QL)], la Cour a rejeté la requête en sursis d'exécution de la mesure de renvoi du demandeur jusqu'à ce que la présente demande de contrôle judiciaire soit entendue et tranchée. Le juge des requêtes a décidé qu'il n'y avait aucune question sérieuse à trancher. Par la suite, le demandeur a été renvoyé du Canada. Cela dit, le 17 septembre 2004, le juge des requêtes a autorisé la demande de contrôle judiciaire.

QUESTION DU CARACTÈRE THÉORIQUE

[9] Le paragraphe 48(2) de la LIPR prévoit qu'une mesure de renvoi est «exécutoire» depuis sa prise d'effet dès lors qu'elle ne fait pas l'objet d'un sursis. D'ailleurs, la mesure de renvoi est «exécutée» lorsque l'étranger quitte le territoire du Canada. Cela dit, la décision positive prise par un agent ERAR a pour conséquence principale (il peut y en avoir d'autres) de différer la mesure de renvoi (article 114 de la LIPR; alinéa 232d) du RIPR). En l'espèce, suivant le rejet de la demande de statut de réfugié, la mesure de renvoi conditionnel prise contre le demandeur est devenue exécutoire. Toutefois, en conformité avec l'article 232 du RIPR, il a été «sursis» à la mesure de renvoi jusqu'à ce qu'une décision soit prise au sujet de la demande d'ERAR. Dans le cas qui nous occupe, la décision ERAR a été négative et la Cour a donc refusé de reporter l'exécution de la mesure de renvoi. Puisque le demandeur a été renvoyé du

must therefore decide if the present application is moot and in the affirmative, whether I should exercise my discretion to hear it (*Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342).

Parties' positions

[10] Counsel for the applicant maintains the position he originally took in February 2004 when the stay motion was argued, namely that the applicant's removal would render his judicial review moot. That being said, he nevertheless invites the Court to exercise its discretion to hear and decide the matter. In September 2004, another Judge of this Court granted leave. Counsel submits, in this regard, that the underlying substantive issue of the PRRA decision—whether or not the applicant faces risk in Sri-Lanka—remains in dispute between the parties and continues to create an adversarial context. Moreover, it is submitted that the need to conserve judicial resources does not weigh heavily against the exercise of discretion in this case. Finally, the issues in this case are those of a regular judicial review and do not threaten the Court's proper function as an adjudicative rather than law-making institution.

[11] If this Court were ultimately to determine that the PRRA officer made a reviewable error, counsel for the applicant further submits that the Court should set aside the impugned decision and order the redetermination of the PRRA application with proper directions to the respondent. Otherwise, the redetermination may prove to be meaningless in view of the fact that the applicant may still be at risk in Sri Lanka. In this respect, while counsel recognizes that the IRPA does not empower the Court with precise authority to order the respondent to return someone to Canada after a removal order has been legally enforced, it is nevertheless submitted that either under subsection 18.1(3)(b) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)] (the *Federal Courts Act*) or the Court's inherent jurisdiction, this Court possesses a broad power to make all necessary

Canada, il me faut d'abord décider si la présente demande n'est que théorique et, le cas échéant, si je dois exercer mon pouvoir discrétionnaire pour entendre l'affaire (*Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342).

Position des parties

[10] L'avocat du demandeur n'a pas changé d'avis depuis février 2004 lorsque la requête en sursis d'exécution a été débattue, savoir que si le demandeur était renvoyé, sa demande de contrôle judiciaire serait sans objet. Cela étant dit, il invite néanmoins la Cour à exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre et trancher l'affaire. En septembre 2004, un autre juge de la Cour a accueilli la demande d'autorisation. L'avocat prétend, à cet égard, que la principale question de fond, à savoir la décision ERAR—si le demandeur serait exposé à un risque au Sri Lanka—fait toujours l'objet d'un litige entre les parties et crée un contexte contradictoire. En outre, il soutient que la nécessité d'économiser les ressources judiciaires n'est pas un facteur suffisamment important pour empêcher l'exercice du pouvoir discrétionnaire en l'espèce. Enfin, les questions que soulève le présent litige sont celles qui se posent habituellement lors d'un contrôle judiciaire et elles ne sont pas susceptibles de nuire à l'exercice régulier des fonctions de la Cour en tant qu'organisme juridictionnel plutôt que législatif.

[11] Si, en fin de compte, la Cour devait décider que l'agent ERAR a commis une erreur susceptible de contrôle, l'avocat du demandeur soutient également que la Cour devrait annuler la décision contestée et ordonner un nouvel examen de la demande ERAR, avec instructions au défendeur. Autrement, le nouvel examen pourrait s'avérer inutile puisque le demandeur serait peut-être toujours exposé à un risque au Sri Lanka. À cet égard, l'avocat reconnaît que la LIPR ne confère pas précisément compétence à la Cour pour ordonner au défendeur de ramener une personne au Canada lorsqu'une mesure de renvoi a été exécutée conformément à la loi; cependant, il prétend que, soit en vertu de l'alinéa 18.1(3)b) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)] (la *Loi sur les Cours fédérales*), soit en vertu de la

orders and directions to ensure that redeterminations are meaningful. This includes the power to order the respondent to return the applicant to Canada, and this, possibly at public expense (*Freitas v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 F.C. 432 (T.D.), at paragraph 29; *Ramoutar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 370 (T.D.), at pages 378-379; *Lazareva v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 258 F.T.R. 318 (F.C.), at paragraphs 19-22; *Lazareva v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1372, at paragraphs 11-13).

[12] The respondent takes a somewhat different position. Counsel submits that an application for judicial review of a negative PRRA decision is not moot where an applicant has been removed before a final decision is rendered on the judicial review application challenging same: *Selliah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 261, at paragraph 20; *Kim v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 33 Imm. L.R. (3d) 95 (F.C.T.D.). In the case at bar, the applicant was unsuccessful on his stay motion in March 2004. The motions Judge found that there was no serious issue and the applicant was returned to his country of origin, Sri Lanka. If, however, this Court were to ultimately accept the arguments made by the applicant and set aside the PRRA decision, it indeed has jurisdiction to order a redetermination of that PRRA decision.

[13] Counsel for the respondent further submits that the IRPA prescribes the specific circumstances where a person is entitled to come into or return to Canada. The applicant is already outside of Canada and there is no legislative or regulatory provision upon which this Court could order the return of the applicant for the purposes of redetermination if this judicial review application is successful. Indeed, right now the applicant has no right to return to Canada “unless authorized by an officer or in other prescribed circumstances” (subsection 52(1) of the IRPA). Except for the case mentioned at paragraph 42(b)

compétence inhérente de la Cour, la Cour dispose d'un large pouvoir afin de rendre toutes les ordonnances et de donner toutes les instructions nécessaires pour que les nouveaux examens aient un effet pratique. Cela comprend le pouvoir d'ordonner le retour du demandeur au Canada et ce, peut-être aux frais de l'État (*Freitas c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 C.F. 432 (1^{re} inst.), au paragraphe 29; *Ramoutar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 370 (1^{re} inst.), aux pages 378 et 379; *Lazareva c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2004), 258 F.T.R. 318 (C.F.), aux paragraphes 19 à 22; *Lazareva c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1372, aux paragraphes 11 à 13).

[12] La position du défendeur est quelque peu différente. L'avocat prétend qu'une demande de contrôle judiciaire d'une décision ERAR négative n'est pas sans objet lorsque le demandeur a été renvoyé avant la décision finale concernant la demande de contrôle judiciaire de ladite décision ERAR *Selliah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 261, au paragraphe 20; *Kim c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2003), 33 Imm. L.R. (3d) 95 (C.F. 1^{re} inst.). En l'espèce, la requête en sursis du demandeur a été rejetée en mars 2004. Le juge des requêtes a conclu qu'il n'y avait aucune question sérieuse à trancher et le demandeur a été renvoyé dans son pays d'origine, le Sri Lanka. Si toutefois la Cour devait reconnaître le bien-fondé des arguments du demandeur et annuler la décision ERAR, elle a certainement compétence pour ordonner un nouvel examen de la décision ERAR contestée.

[13] L'avocat du défendeur prétend également que la LIPR prévoit dans quelles circonstances précises une personne peut être autorisée à entrer au Canada ou à y revenir. Le demandeur se trouve déjà à l'étranger et aucune disposition légale ou réglementaire ne permet à la Cour d'ordonner le retour du demandeur aux fins d'un nouvel examen, si la présente demande de contrôle judiciaire est accueillie. D'ailleurs, pour l'instant, il est interdit au demandeur de revenir au Canada «sauf autorisation de l'agent ou dans les autres cas prévus par règlement» (paragraphe 52(1) de la LIPR). Sauf

of the Act (inadmissible family member), a deportation order obliges the foreign national to obtain a written authorization in order to return to Canada at any time after the deportation was enforced (subsection 226(1) of the IRP Regulations). Accordingly, the respondent denies any power under subsection 18.1(3) of the *Federal Courts Act* to order the return of the applicant to Canada either for the purpose of the redetermination itself or if the redetermination proved successful.

[14] That being said, despite the fact that the removal order has been legally been enforced, counsel for the respondent nevertheless submits that there is no legal impediment by having a redetermination of the applicant's PRRA done while the applicant remains in Sri Lanka. Therefore, if following a redetermination eventually ordered by the Court, the PRRA application is subsequently allowed and refugee protection is conferred to the applicant by a PRRA officer, Citizenship and Immigration Canada (CIC) would facilitate his entry into Canada (subsection 18(1) of the IRPA). The applicant would then be entitled to apply for permanent residence in Canada (subsection 21(2) of the IRPA). In this context, to the extent a second PRRA assessment is positive, counsel submits that an order of the Court to refer the matter back for redetermination does ultimately have some practical effect, although the Court's power to make directions is somewhat limited in this case. Accordingly, the respondent contests the applicant's central premise that a PRRA becomes nugatory once removal has been effected. It follows that the judicial review of the PRRA is not entirely academic in the respondent's view.

Jurisprudence of this Court and the Federal Court of Appeal

[15] The jurisprudence of this Court and the Federal Court of Appeal is not unanimous on the question of whether the removal of a person from Canada effectively renders an application for judicial review moot or renders nugatory any ensuing remedy the Court would be allowed to make under subsection 18.1(3) of the *Federal Courts Act*. The following decisions are illustrative of the variety and complexity of the opinions (sometimes divergent) that have been expressed on this matter. As

l'exception mentionnée à l'alinéa 42b) de la Loi (inadmissibilité familiale), une mesure d'expulsion oblige l'étranger visé à obtenir une autorisation écrite pour revenir au Canada à quelque moment que ce soit après l'exécution de la mesure (paragraphe 226(1) du RIPR). Par voie de conséquence, le défendeur nie que le paragraphe 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales* confère le pouvoir d'ordonner le retour du demandeur au Canada, soit aux fins du nouvel examen lui-même, soit si le résultat de celui-ci était positif.

[14] Cela dit, même si la mesure de renvoi a été exécutée conformément à la loi, l'avocat du défendeur fait néanmoins valoir que la loi n'interdit pas un nouvel examen de l'ERAR du demandeur pendant que ce dernier se trouve au Sri Lanka. Par conséquent, si, après un nouvel examen ordonné par la Cour, la demande ERAR est accueillie et qu'un agent ERAR reconnaît qualité de personne à protéger au demandeur, Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) facilitera l'entrée au Canada de ce dernier (paragraphe 18(1) de la LIPR). Le demandeur aura alors le droit de demander le statut de résident permanent au Canada (paragraphe 21(2) de la LIPR). Dans ce contexte, dans la mesure où une deuxième ERAR s'est avérée positive, l'avocat soutient qu'une ordonnance de la Cour en vue de renvoyer l'affaire pour nouvel examen aura, en bout de ligne, un certain effet pratique, même si le pouvoir de la Cour de donner des instructions est quelque peu limité en l'espèce. Par conséquent, le défendeur conteste la principale prémisse présentée par le demandeur, à savoir qu'une ERAR n'a plus d'effet lorsque la mesure de renvoi a été exécutée. Il s'ensuit, selon le défendeur, que le contrôle judiciaire de l'ERAR n'est pas que théorique.

Jurisprudence de la Cour et de la Cour d'appel fédérale

[15] Les juges de la Cour et de la Cour d'appel fédérale ne sont pas unanimes quand il s'agit de décider si le renvoi d'une personne du Canada a pour effet de rendre sans objet une demande de contrôle judiciaire, ou inutile toute réparation que pourrait accorder la Cour en vertu du paragraphe 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Les décisions suivantes font ressortir la diversité et la complexité des opinions (quelquefois divergentes) qui ont été exprimées sur cette question.

will be seen below, many of these decisions have addressed, at a preliminary stage, the issue that removal may render an application moot and whether a stay ought to be granted in such a case.

[16] In *Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123 (F.C.A.), the applicant, a permanent resident of Canada who had been found to be inadmissible on grounds of serious criminality, was asking the Federal Court of Appeal to stay the execution of a deportation order issued against him pending the determination of his appeal. Same was made against the decision of the Immigration Appeal Board which had dismissed his application to reconsider its previous decision to the effect that the deportation order should be executed as soon as reasonably practicable. Finding that the tri-partite test (serious issue, irreparable harm and balance of convenience) was met, the Federal Court of Appeal ultimately stayed the execution of the deportation order. However, as a preliminary question, the Federal Court of Appeal had to decide first whether it had the power to order a stay. At that time, the authority of the Court to stay the execution of the impugned decision or a related order (such as a deportation order) was still uncertain in view of the fact that precise legislative authority (such as the power now found in section 18.2 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28] of the *Federal Courts Act*) was absent in the former *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10. The Federal Court of Appeal reaffirmed that it had an implied jurisdiction to stay the execution of a deportation order “where the appeal would otherwise be rendered nugatory” (*New Brunswick Electric Power Commission v. Maritime Electric Company Limited*, [1985] 2 F.C. 13 (C.A.)).

[17] It was determined in *Toth*, that if the applicant was deported, irreparable harm would result as there would be a reasonable likelihood that the family business would fail and that his immediate family as well as others who were dependent on the family business for their livelihood would suffer. However, I note that the fact that the “appeal would otherwise be rendered nugatory”, while a necessary implication of the Federal

Nous le verrons plus loin, la plupart de ces décisions ont porté, à une étape préliminaire, sur la question de savoir si le renvoi d’une personne pouvait avoir pour effet de rendre sans objet une demande de contrôle judiciaire ou s’il fallait accorder un sursis dans ce type de situation.

[16] Dans *Toth c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123 (C.A.F.), le demandeur, un résident permanent du Canada qui avait été déclaré interdit de territoire pour grande criminalité demandait à la Cour d’appel fédérale de surseoir à l’exécution d’une mesure d’expulsion prise contre lui en attendant la décision relativement à son appel. Il avait présenté la même demande au sujet de la décision de la Commission d’appel de l’immigration qui avait refusé d’examiner de nouveau sa décision antérieure selon laquelle la mesure d’expulsion devait être exécutée dès que les circonstances le permettraient. La Cour d’appel fédérale a conclu qu’il avait été satisfait au critère à trois volets (question sérieuse à trancher, préjudice irréparable et prépondérance des inconvénients) et elle a accordé le sursis de la mesure d’expulsion. Toutefois, la Cour d’appel fédérale devait d’abord décider si elle avait compétence pour accorder le sursis. À cette époque, la compétence de la Cour d’appel pour différer l’exécution de la décision en cause ou d’une mesure connexe (notamment une mesure d’expulsion) n’était pas claire puisque l’ancienne *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10 n’en faisait pas précisément mention (aujourd’hui, l’article 18.2 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28] de la *Loi sur les Cours fédérales* confère ce pouvoir). La Cour d’appel fédérale a réaffirmé qu’elle avait implicitement compétence pour différer l’exécution d’une mesure d’expulsion «lorsque l’appel deviendrait autrement inopérant» (*Commission d’énergie électrique du Nouveau-Brunswick c. Maritime Electric Company Limited*, [1985] 2 C.F. 13 (C.A.)).

[17] Il a été décidé dans *Toth*, que si le demandeur était expulsé, il subirait un préjudice irréparable puisque son entreprise familiale ferait probablement faillite et que sa famille immédiate, ainsi que d’autres personnes qui dépendaient de celle-ci, en souffriraient. Toutefois, je constate que le fait que «l’appel deviendrait autrement inopérant», bien que cela fasse nécessairement partie du raisonnement de la Cour d’appel fédérale pour affirmer

Court of Appeal's reasoning to assume jurisdiction in *Toth*, it is not later expressly mentioned in Heald J.A.'s reasons (which were endorsed by the two other members of the Federal Court of Appeal) as a specific factor going to the establishment of irreparable harm. That said, Robertson J.A. held, in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 4 F.C. 206 (C.A.) that the loss of the benefit of an application can amount to irreparable harm within the meaning of the tripartite test in *Toth*, and noted at paragraph 16, that "the only reason the Ontario courts have been prepared to entertain concurrent proceedings stems from the fact that the denial of injunctive relief would render the proceedings in the Federal Court moot." [Underlining in original.]

[18] Indeed, in a number of decisions of this Court subsequent to *Toth*, but prior to *Suresh*, where the underlying judicial application would otherwise be rendered nugatory, it had already been judicially understood that this can constitute "irreparable harm" depending on the particular circumstances. For example, in *De Medeiros v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 11 (T.D.) (QL), Nadon J. (as he then was) stayed the execution of a deportation order issued in circumstances similar to *Toth*, until such time as this Court had rendered its decision with respect to the applicant's application for leave and for judicial review of the decision of the Immigration and Refugee Board Appeal Division (the Appeal Division) pursuant to which the Appeal Division had refused to reopen the applicant's appeal. In this case, it was noted that the equitable jurisdiction to reopen an appeal existed as long as a deportation order had not been executed. Deportation would eliminate the equitable jurisdiction of the Appeal Division. Therefore, in Nadon J.'s opinion, the applicant [at paragraph 9] "would, no doubt, suffer irreparable harm."

[19] In *Hosein v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 4 Admin. L.R. (2d) 162 (F.C.T.D.), this Court dismissed an application for an order staying an inquiry before an immigration adjudicator pending determination of an application for leave to commence judicial review proceedings. In that case, the respondent was contesting the Court's jurisdiction under section 18.2 [as enacted by S.C. 1990,

sa compétence dans *Toth*, n'est pas mentionné expressément dans les motifs du juge Heald, J.C.A., (qui ont été entérinés par les deux autres juges de la Cour d'appel fédérale) comme facteur spécifique pouvant établir un préjudice irréparable. Cela dit, le juge Robertson, J.C.A., a affirmé dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 4 C.F. 206 (C.A.) que la perte du bénéfice d'une demande peut entraîner un préjudice irréparable au sens du critère tripartite de l'arrêt *Toth*, et il a dit, au paragraphe 16, que «la seule raison pour laquelle les cours de l'Ontario ont été disposées à connaître des poursuites concurrentes réside dans le fait que le refus d'une injonction rendrait la poursuite devant la Cour fédérale sans objet». [Souligné dans l'original.]

[18] D'ailleurs, après l'arrêt *Toth*, mais avant *Suresh*, dans des affaires où la demande principale n'aurait plus qu'un intérêt théorique, les tribunaux avaient déjà dit que cela pouvait constituer un «préjudice irréparable» selon les circonstances en cause. Par exemple, dans *De Medeiros c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 11 (1^{re} inst.) (QL), le juge Nadon (tel était alors son titre) a ordonné le sursis d'une mesure d'expulsion prise dans des circonstances semblables à celles de *Toth*, en attendant que la Cour tranche la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision de la Section d'appel de l'immigration (la Section d'appel) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qui avait refusé de rouvrir l'appel interjeté par le demandeur. Dans cette affaire, la Cour a mentionné que la compétence «d'*equity*» de rouvrir l'appel continuait d'exister tant que la mesure d'expulsion n'était pas prise. Ainsi, selon les termes du juge Nadon, le demandeur [au paragraphe 9] «subirait sans doute un préjudice irréparable».

[19] Dans *Hosein c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 4 Admin. L.R. (2d) 162 (C.F. 1^{re} inst.), la Cour a rejeté une demande d'ordonnance portant suspension d'une enquête devant un arbitre de l'immigration jusqu'à ce que la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire soit tranchée. Dans cette affaire, l'intimé soutenait que la compétence de la Cour, en vertu de l'article 18.2 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la

c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], to order a stay, which, it was submitted, was limited to circumstances where leave to commence proceedings for judicial review had indeed been granted. This argument was not accepted by the Court. *Hosein*, is consistent with the approach taken in *Toth* and stands for the general proposition that the Court's jurisdiction to order a stay is not limited by section 18.2 of the *Federal Court Act* or by the necessity to apply for leave to seek judicial review, particularly where the issue raised in an application for leave is arguable, but would be moot or the jurisdiction of the Court would be rendered nugatory by failure to grant a stay. That said, in *Hosein* the Court considered that the applicant had not proved that irreparable harm would automatically result, as the tribunal's hearings had not yet been concluded and the applicant would still have the opportunity to seek judicial review when they were concluded. In this regard, MacKay J. noted [at paragraph 7]:

In this case I am not persuaded that if proceedings of the tribunal are not now stayed, the opportunity for the Court to review the proceedings of the tribunal will be lost or that jurisdiction in relation to judicial review will be rendered nugatory. Further steps in the process of consideration of the applicant's situation under the *Immigration Act* are required before he could be excluded from Canada and the opportunity for judicial review, now sought by the application for leave filed, can proceed in the ordinary course. If that process is not completed before steps are taken to remove the applicant from Canada, he may at that time apply for leave, if necessary, to stay implementation of those procedures pending disposition of the application for leave, and any judicial review proceedings arising from that application if granted. [My emphasis.]

[20] In *Ramoutar*, the applicant had been deported prior to the date his judicial review application was heard by the Court. He was seeking to quash the decision rendered by an immigration officer not to refer his request to the Governor in Council for an exemption on humanitarian and compassionate (H&C) grounds from the requirement to apply for landed immigrant or permanent resident status from outside of Canada. The refusal letter stated that there were reasonable doubts as to the *bona fide* character of the applicant's marriage to

Loi sur la Cour fédérale [L.R.C. (1985), ch. F-7], de différer une mesure était limitée aux cas où l'autorisation d'introduire une demande de contrôle judiciaire avait été accordée. La Cour a rejeté cet argument. Dans *Hosein*, la Cour a appliqué sensiblement la même approche que dans *Toth*, selon laquelle, de manière générale, le pouvoir de la Cour d'ordonner une suspension d'instance n'est pas limité par l'article 18.2 de la *Loi sur la Cour fédérale* ou par la nécessité d'obtenir l'autorisation de demander le contrôle judiciaire, surtout lorsque la question soulevée dans une demande d'autorisation est plaidable mais perdrait son intérêt pratique ou deviendrait futile si la suspension n'était pas accordée. Cela dit, dans *Hosein*, la Cour a dit que le préjudice irréparable, si la suspension n'était pas accordée, n'avait pas été établi puisque l'audience n'avait pas pris fin et que le requérant pourrait toujours demander le contrôle judiciaire par la suite. À cet égard, le juge MacKay a dit [[1992] A.C.F. n° 226 (C.F. 1^o inst.) (QL), au paragraphe 7]:

En l'espèce, je ne suis pas persuadé que si les procédures du tribunal ne sont pas maintenant suspendues, la possibilité pour la Cour d'examiner les procédures du tribunal sera perdue, ni que le pouvoir relatif au contrôle judiciaire deviendra futile. D'autres étapes dans le processus d'examen de la situation du requérant sous le régime de la *Loi sur l'immigration* s'imposent avant qu'il ne puisse être exclu du Canada, et la possibilité d'un contrôle judiciaire, que recherche maintenant la demande d'autorisation déposée, peut suivre le cours ordinaire. Si ce processus n'est pas complété avant que des mesures soient prises pour renvoyer le requérant du Canada, il peut à ce moment demander l'autorisation, le cas échéant, de suspendre l'application de ces procédures jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la demande d'autorisation, et toutes procédures de contrôle judiciaire découlant de cette demande si l'autorisation est accordée. [Non souligné dans l'original.]

[20] Dans *Ramoutar*, le requérant avait été expulsé avant que la Cour n'entende sa demande de contrôle judiciaire. Il sollicitait l'annulation du refus, par l'agent d'immigration, de déférer son cas au gouverneur en conseil en vue d'obtenir, pour des raisons d'ordre humanitaire, une dispense de l'obligation de demander, à l'étranger, le statut de résident permanent ou d'immigrant ayant obtenu le droit d'établissement. Dans sa lettre de refus, l'agent mentionnait qu'il avait des doutes raisonnables au sujet de l'authenticité du mariage

a Canadian citizen, and that he had provided information to the Immigration and Refugee Board Appeal Division, contradictory to that provided to immigration counsellors. The applicant was alleging that the respondent had applied the wrong standard of proof and that there had been a denial of procedural fairness. Those grounds of review proved ultimately to be well founded. That said, during submissions, counsel for the respondent argued that the entire matter was moot since the applicant had already been deported from Canada. However, the Court considered that a decision decided by referring to the wrong standard of proof and without affording the applicant procedural fairness, could potentially prejudice the applicant in the future since it was now part of the applicant's record for immigration purposes. There, the immediate prejudice did not flow from the fact that removal had been legally enforced, but from the fact it would be more difficult for the applicant to re-enter Canada or reapply as a permanent resident. This reasoning is not applicable in the case of a PRRA assessment which necessarily involves a change of circumstances from a previous assessment made by the Board or another PRRA officer.

[21] In *Ramoutar*, Rothstein J. (as he then was) further remarked at page 378 of his decision:

The deportation of an individual from Canada, while having negative consequences to the individual, does not eliminate all rights that may accrue to him under the *Immigration Act*. Those rights should not be adversely affected by a decision made by application of the wrong standard of proof and without affording the applicant procedural fairness. I therefore find that this case is not moot.

Even if the case were moot, I would exercise my discretion to decide it. The adversarial relationship between the parties continues. There are collateral consequences to the applicant if the decision appealed from is allowed to stand. And this is not a case in which a decision by this Court could reasonably be considered to be an intrusion into the functions of the legislative branch of government. [My emphasis.]

[22] However, Rothstein J. did not specify precisely the nature of such "rights that may accrue" under the

du requérant avec une citoyenne canadienne et que le requérant avait fourni à la Section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié des renseignements qui contredisaient ce qu'il avait déclaré aux conseillers en immigration. Le requérant alléguait que l'intimé avait appliqué la mauvaise norme de preuve et qu'il y avait eu déni d'équité procédurale. En fin de compte, les motifs invoqués se sont avérés bien fondés. Cela dit, pendant les observations, l'avocat de l'intimé a soutenu que toute l'affaire était sans objet puisque le requérant avait déjà été expulsé du Canada. Toutefois, la Cour a dit qu'une décision fondée sur la mauvaise norme de preuve sans faire bénéficier le requérant de l'équité procédurale pouvait être préjudiciable à ce dernier puisqu'elle figurait dans son dossier d'immigration. Ainsi, le préjudice immédiat n'était pas l'exécution de la mesure de renvoi en conformité avec la loi, mais le fait qu'il serait plus difficile pour le requérant de revenir au Canada ou de demander de nouveau le droit d'établissement. Ce raisonnement ne s'applique pas à une décision ERAR qui vise nécessairement un changement de circonstances depuis l'évaluation antérieure effectuée par la Commission ou par un autre agent ERAR.

[21] Dans *Ramoutar*, le juge Rothstein (tel était alors son titre) a également dit, à la page 378 de sa décision:

L'expulsion d'une personne du Canada—une mesure qui a des conséquences négatives pour la personne en question—n'efface pas tous les droits que peut lui conférer la *Loi sur l'immigration*. Il ne faudrait pas qu'une décision, prise à la suite de l'application de la mauvaise norme de preuve et sans faire bénéficier le requérant de l'équité procédurale, ait une incidence négative sur ces droits. Je conclus donc que cette affaire n'est pas sans objet.

Même si l'affaire était sans objet, j'exercerais le pouvoir discrétionnaire qui m'est conféré pour la trancher. La relation d'opposition entre les parties subsiste. La décision qui fait l'objet d'un appel, si elle est maintenue, aura des conséquences secondaires pour le requérant. Et nous n'avons pas affaire en l'espèce à un cas où l'on pourrait considérer d'une manière raisonnable qu'une décision de la présente Cour s'immisce dans les fonctions du pouvoir législatif du gouvernement. [Non souligné dans l'original.]

[22] Cependant, le juge Rothstein ne précise pas la nature de ces «droits que peut conférer» l'ancienne Loi

former Act to an individual who is deported from Canada. That said, as was recognized by the Supreme Court of Canada in *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at pages 733-734: "Parliament has the right to adopt an immigration policy and to enact legislation prescribing the conditions under which non-citizens will be permitted to enter and remain in Canada." It was done in the IRPA. The "accrued rights" doctrine is difficult to apply in an immigration context. In this regard, no person other than a Canadian citizen and an Indian registered under the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 has an absolute right to enter and remain in Canada. The right of a foreign national, permanent or temporary resident, or of a protected person to enter and remain in Canada is subject to the particular conditions imposed by the IRPA; one being that such persons are not inadmissible on one of the grounds enumerated in the IRPA. Moreover, pursuant to subsection 52(1) of the IRPA, if a removal order has been enforced, the foreign national shall not return to Canada, "unless authorized by an officer or in other prescribed circumstances." The question therefore becomes whether an application for judicial review of a negative PRRA decision becomes moot when the applicant's removal order has been legally enforced. In my opinion, this question is distinct from the question of whether or not the difficulties experienced by the applicant in conducting litigation from outside Canada constitute irreparable harm for the purpose of seeking a stay of the removal order. The applicant may well be ably represented by counsel while he is outside Canada, but perhaps, the eventual granting of his application for judicial review will not necessarily serve a useful purpose. It is interesting to note that rights that may accrue from the making of an application for protection are somewhat limited in the case of an applicant who voluntarily leaves Canada, when the applicant's removal order is enforced under section 240 or the applicant otherwise leaves Canada. In such a case, pursuant to paragraph 169(b) of the IRP Regulations, the application for protection "is declared abandoned". This is because the applicant is not legally allowed under the IRPA or the IRP Regulations to return to Canada "unless authorized by an officer or in other prescribed circumstances."

à une personne qui a été expulsée du Canada. Cela dit, comme l'a reconnu la Cour suprême du Canada dans *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, aux pages 733 et 734: «Le Parlement a donc le droit d'adopter une politique en matière d'immigration et de légiférer en prescrivant les conditions à remplir par les non-citoyens pour qu'il leur soit permis d'entrer au Canada et d'y demeurer». C'est ce qu'il a fait dans la LIPR. Le principe des «droits acquis» est difficile à appliquer dans le contexte de l'immigration. À cet égard, aucune personne autre qu'un citoyen canadien et un Indien inscrit en vertu de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 n'a le droit absolu d'entrer au Canada et d'y demeurer. Le droit d'un étranger, qu'il soit résident permanent ou temporaire, ou d'une personne à protéger d'entrer au Canada et d'y demeurer est assujéti aux conditions prescrites par la LIPR; il faut, notamment que la personne ne soit pas interdite de territoire pour l'un des motifs énumérés à la LIPR. En outre, conformément au paragraphe 52(1) de la LIPR, si une mesure de renvoi a été exécutée, l'étranger ne pourra revenir au Canada, «sauf autorisation de l'agent ou dans les autres cas prévus par règlement». La question est donc de savoir si la demande de contrôle judiciaire d'une décision négative ERAR n'a plus d'objet lorsqu'une mesure de renvoi a été exécutée en conformité avec la loi. Selon moi, la question se distingue de celle de savoir si les difficultés qu'éprouvera le demandeur à poursuivre son litige de l'extérieur du Canada constituent un préjudice irréparable aux fins d'une demande de sursis de la mesure de renvoi. Le demandeur peut certainement être représenté par un avocat compétent pendant qu'il se trouve à l'extérieur du Canada, mais si la demande de contrôle judiciaire est accueillie, la décision ne sera peut-être d'aucune utilité. Il est intéressant de constater que des droits qui peuvent être acquis lors d'une demande de protection sont en quelque sorte limités lorsqu'il s'agit d'un demandeur qui quitte volontairement le Canada, lors de l'exécution de la mesure de renvoi en application de l'article 240 ou lorsque le demandeur quitte autrement le Canada. Le cas échéant, conformément à l'alinéa 169b) du RIPR, le «désistement d'une demande de protection est prononcé». Il en est ainsi parce que le demandeur n'est pas autorisé, en vertu de la LIPR ou du RIPR, à revenir au Canada «sauf

[23] The “forced” return of a removed applicant to Canada by judicial discretion was possibly “hinted” at by this Court in *Ramoutar*, where Rothstein J. stated [at page 379]: “I do not contemplate that the applicant must be returned to Canada for the purposes of the redetermination. This may be carried out on the basis of written submissions, facsimiles or other communications without the necessity of personal attendance by the applicant.” By making this comment, the applicant’s counsel suggested that Rothstein J. somewhat considered that the Court may have the power to order the applicant’s return had it been necessary. As we will now see, this particular point was directly addressed in the next case.

[24] In *Freitas v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 F.C. 432 (T.D.), the Court ultimately set aside a decision of the Board finding that the applicant was excluded from being a Convention refugee under Article 1F(c) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6 by reason of the relationship of the conspiracy for which he was convicted to drug trafficking. In the meantime, the applicant had already been removed from Canada and deported to Venezuela by the Minister. As in the present case, removal was enforced by the respondent after this Court had denied the applicant’s application to stay the removal order issued against him. That said, the Court subsequently decided that the Board had erred in law in finding the applicant to be excluded from consideration as a Convention refugee in light of the subsequent decision rendered by the Supreme Court of Canada in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982. The Court decided that the application for judicial review was not moot considering that, where the decision under review is based upon an error of law, the deportation of an individual does not eliminate all rights that may accrue to him under the former Act. Reference was made in this regard to *Ramoutar*.

autorisation de l’agent ou dans les autres cas prévus par règlement».

[23] La Cour a peut-être «insinué» la possibilité du retour «forcé» d’un demandeur renvoyé du Canada en vertu de son pouvoir discrétionnaire dans *Ramoutar*, quand le juge Rothstein a dit [à la page 379]: «Je n’envisage pas que le requérant doive être ramené à cette fin au Canada. Le réexamen peut se faire au moyen d’observations écrites, de fac-similés ou d’autres communications, sans qu’il faille que le requérant soit présent». En soulevant cette affirmation du juge Rothstein, l’avocat du demandeur laisse entendre que le juge a, en quelque sorte, pensé que la Cour avait peut-être le pouvoir d’ordonner le retour du demandeur si nécessaire. Nous le verrons incessamment, cette question a été abordée dans l’arrêt que nous allons maintenant examiner.

[24] Dans *Freitas c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 C.F. 432 (1^{re} inst.), la Cour a finalement annulé la décision de la Commission selon laquelle le demandeur était exclu de la définition de réfugié au sens de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, section Fc) de l’article premier, à cause du lien existant avec le complot pour lequel il avait été reconnu coupable de trafic de drogues. Entre-temps, le ministre avait déjà renvoyé le demandeur du Canada en l’expulsant au Venezuela. Comme en l’espèce, le défendeur avait exécuté la mesure de renvoi suivant le refus de la Cour d’accorder au demandeur le sursis de la mesure de renvoi prise contre lui. Cela dit, la Cour a décidé, par la suite, que la Commission avait commis une erreur de droit en déterminant que le demandeur devait être exclu au titre d’une considération comme réfugié au sens de la Convention à la lumière de l’arrêt de la Cour suprême du Canada *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982. La Cour a décidé que la demande n’était pas théorique étant donné que lorsque la décision faisant l’objet du contrôle est fondée sur une erreur de droit, l’expulsion de la personne n’annihile pas tous les droits que peut lui conférer l’ancienne Loi. La Cour a mentionné, à cet égard, la décision *Ramoutar*.

[25] Moreover, the Court decided in *Freitas*, that it was not prepared to provide a meaningless remedy in the form of a reference back to the Board for redetermination; that could only be a determination that the applicant is not a Convention refugee because he is not outside the country of his nationality. In this respect, Gibson J. wrote at paragraphs 29, 30, 36 and 44:

In the absence of express words on the face of the Act requiring me to do so, I am not prepared to read the right conferred on the applicant herein by subsection 82.1(1) of the Act in such a manner that it is rendered nugatory by the performance by the respondent of her duty to execute a removal order as soon as reasonably practicable. Nor am I prepared to have the applicant's right indirectly rendered nugatory by the rendering of a decision of this Court that confers a meaningless right to a redetermination by the CRDD. I determine this application not to be moot in that it continues to present a live controversy. I am satisfied that this conclusion is consistent with the decision of Rothstein J. in *Ramoutar*, *supra*.

If I am wrong in determining that a live controversy continues to exist on the facts of this matter, the quotation from *Borowski* that appears earlier in these reasons makes it clear that I nonetheless have a discretion to depart from the general policy of refusing to hear a matter that is moot.

...

It was not in dispute before me that if I were to determine this matter in favour of the applicant, I have the authority to order the respondent to return the applicant to Canada, at the respondent's expense, in order to render a new determination by the CRDD meaningful. Whether or not such an order would be required is a question that I will turn to later in these reasons.

...

I will grant relief in essentially the following terms: this application for judicial review is allowed. The decision of the Convention Refugee Determination Division with respect to the applicant is set aside and this matter is remitted to the Immigration and Refugee Board for redetermination. If the Immigration and Refugee Board determines it necessary that the applicant again appear before the CRDD to allow it to comply with this order, and so advises the respondent, then the respondent is ordered to forthwith make her best efforts to return the applicant to Canada at the respondent's expense. If the Immigration and Refugee Board, without requiring the return of the applicant and working on the assumption that the

[25] En outre, la Cour a décidé dans *Freitas*, qu'elle n'était pas disposée à fournir une réparation vide de sens en renvoyant l'affaire à la Commission qui n'avait d'autre choix que de décider que le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention parce qu'il ne se trouvait pas hors du pays dont il avait la nationalité. À cet égard, le juge Gibson a écrit, aux paragraphes 29, 30, 36 et 44:

En l'absence de dispositions expresses de la Loi qui m'obligeraient à le faire, je ne suis pas disposé à conclure que le droit conféré au demandeur par le paragraphe 82.1(1) de la Loi est rendu inopérant du fait que le défendeur s'acquitte de son obligation d'exécuter une mesure de renvoi dès que les circonstances le permettent. Je ne suis pas non plus disposé à accepter que le droit du demandeur soit rendu indirectement inopérant par suite d'une décision de notre Cour qui confère un droit vide de sens à une nouvelle décision de la part de la SSR. Je considère que la présente demande n'est pas théorique et qu'elle constitue la poursuite d'un litige réel. Je suis convaincu que cette conclusion est fidèle à la décision du juge Rothstein dans *Ramoutar*, précité.

Si j'ai tort de conclure qu'un litige réel continue d'exister d'après les faits de l'espèce, le passage précité de *Borowski* indique clairement que j'ai néanmoins le pouvoir discrétionnaire de m'écarter du principe général de refuser d'entendre une affaire qui est théorique.

[...]

Il n'a pas été contesté que, si je tranche cette affaire en faveur du demandeur, j'ai le pouvoir d'ordonner au défendeur de ramener le demandeur au Canada, aux frais du défendeur, afin qu'une nouvelle décision prise par la SSR puisse avoir un sens. Je reviendrai plus loin dans les présents motifs pour décider si une telle ordonnance sera ou non nécessaire.

[...]

Essentiellement, j'accorde réparation selon les modalités suivantes: la présente demande de contrôle judiciaire est accueillie. La décision de la SSR concernant le demandeur est infirmée et l'affaire est renvoyée à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié pour nouvelle décision. Si la Commission de l'immigration et du statut de réfugié estime nécessaire que le demandeur comparaisse de nouveau devant la SSR pour qu'elle puisse se conformer à la présente ordonnance, et qu'elle en avise le défendeur en conséquence, j'ordonne au défendeur de prendre sur-le-champ toutes les mesures nécessaires pour ramener le demandeur au Canada, aux frais du défendeur. Si la Commission de l'immigration et

applicant is in Canada when that is not in fact the case, determines the applicant to be a Convention refugee as against Venezuela, then the respondent is ordered to forthwith make her best efforts to return the applicant to Canada at the respondent's expense. [My emphasis.]

[26] Gibson J. did not state what authority specifically allowed him to make the above order. However, it is apparent from the reasons given in *Freitas*, that it was not disputed by the parties that the Court could order the Minister to return the applicant to Canada, at public expense, in order to render a new determination meaningful. Today, the respondent is not ready to make such a concession. There are a number of decisions of the Federal Court of Appeal that suggest that the Court's general power to make directions under subsection 18.1(3) of the *Federal Courts Act* is somewhat more limited. Particularly if the declaration or the remedy in question would indeed have the effect of conferring refugee status or protection, or of fettering the Minister's discretion in cases where an application to remain in Canada has been made on H&C grounds. (*Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Sharbdeen* (1994), 23 Imm. L.R. (2d) 300 (F.C.A.), at paragraph 7; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Forde* (1997), 210 N.R. 194 (F.C.A.), at paragraphs 9-10; *Turanskaya v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 145 D.L.R. (4th) 259 (F.C.A.), at paragraph 6; *Rafuse v. Canada (Pension Appeals Board)* (2002), 286 N.R. 385 (F.C.A.), at paragraphs 13-14; *Owusu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 2 F.C.R. 635 (C.A.), at paragraph 12; *Lazareva v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 39).

[27] *Freitas*, was decided under the former Act and before most of the decisions referred to above. It can be said today that the Court's power to order the return of an applicant to Canada is expressly limited by subsection 52(1) of the IRPA, which prescribes in such a case that "the foreign national shall not return to Canada, unless authorized by an officer or in other prescribed circumstances." Therefore, while not expressing a definite opinion on this matter, I am inclined to accept

du statut de réfugié, sans exiger le retour du demandeur et en partant de l'hypothèse que le demandeur se trouve au Canada, alors que ce n'est pas le cas, conclut que le demandeur est un réfugié au sens de la Convention à l'égard du Venezuela, alors j'ordonne au défendeur de prendre sans délai toutes les mesures nécessaires pour ramener le demandeur au Canada, aux frais du défendeur. [Non souligné dans l'original.]

[26] Le juge Gibson ne mentionne pas les sources précises sur lesquelles il fonde l'ordonnance rendue. Toutefois, il ressort des motifs de *Freitas*, que les parties n'ont pas contesté que la Cour avait le pouvoir d'ordonner au ministre de ramener le demandeur au Canada, aux frais de l'État, pour qu'une nouvelle décision ait un sens. Aujourd'hui, le défendeur n'est pas disposé à lui reconnaître ce pouvoir. Plusieurs décisions de la Cour d'appel fédérale donnent à penser que le pouvoir général de la Cour de donner des instructions en vertu du paragraphe 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales* est un peu plus limité, surtout si la déclaration ou la réparation en cause aurait réellement pour effet de conférer qualité de réfugié ou de personne à protéger, ou de restreindre le pouvoir discrétionnaire du ministre lorsqu'une demande d'établissement a été présentée pour des considérations humanitaires. (*Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Sharbdeen* (1994), 23 Imm. L.R. (2d) 300 (C.A.F.), au paragraphe 7; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Forde* (1997), 210 N.R. 194 (C.A.F.), aux paragraphes 9 et 10; *Turanskaya c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 145 D.L.R. (4th) 259 (C.A.F.), au paragraphe 6; *Rafuse c. Canada (Commission d'appel des pensions)* (2002), 286 N.R. 385 (C.A.F.), aux paragraphes 13 et 14; *Owusu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 2 R.C.F. 635 (C.A.F.), au paragraphe 12; *Lazareva c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 39).

[27] L'affaire *Freitas* a été tranchée en vertu de l'ancienne Loi et avant la plupart des décisions susmentionnées. Aujourd'hui, on peut dire que le pouvoir de la Cour d'ordonner le retour d'un demandeur au Canada est limité, en termes exprès, par le paragraphe 52(1) de la LIPR, qui prévoit, dans ce cas, que l'exécution de la mesure de renvoi contre l'étranger «emporte interdiction de revenir au Canada, sauf autorisation de l'agent ou dans les autres cas prévus par

the respondent's argument that the Court has no power to order the respondent to return an applicant to Canada. It is also clear that the Court does not have the power to direct the PRRA officer to accept the applicant's application for protection, unless, the negative PRRA decision was perhaps based on some determinative error of law.

[28] In *Melo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 188 F.T.R. 39 (F.C.T.D.), the Court accepted to stay the execution of a deportation order issued against a permanent resident because of his criminal convictions pending the determination of the judicial review application of his failed request to have the deportation order reconsidered by the Immigration Appeal Division. The approach taken by Pelletier J. (as he then was) is consistent with the definition of irreparable harm accepted both in *Toth* and *Suresh*. Pelletier J. considered that the best interests of the children raised a serious question and raised the possibility of irreparable harm, as this would effectively render the judicial review nugatory. Pelletier J. stated specifically at paragraph 22:

But for the fact that I have found that the serious issue to be tried in the judicial review application is the consideration to be given to the interests of Mr. Melo's children in the application to reopen the appeal, that would be the end of the matter. The application for a stay would be dismissed. But if that is done, the children's interests will be affected prior to a ruling being obtained on the extent to which their interests must be considered. This will effectively render the judicial review nugatory. It is in circumstances similar to these that Robertson J.A. held in *Suresh v. Canada*, [1999] 4 F.C. 206, [1999] F.C.J. No. 1180 that the loss of the benefit of an application can amount to irreparable harm within the meaning of the tri-partite test in *Toth*. If there is to be any reality to the judicial review application, the status quo must be maintained. While the benefit in question may appear to be one for the children, it is also a benefit for Mr. Melo. I find that the loss of the benefit of the application for judicial review constitutes irreparable harm for the purposes of this application. [My emphasis.]

règlement». Par conséquent, même si je n'ai pas d'opinion définitive sur cette question, je suis enclin à accepter l'argument du défendeur selon lequel la Cour n'a pas le pouvoir d'ordonner le retour d'un demandeur au Canada. Il est également clair que la Cour n'a pas le pouvoir d'ordonner à l'agent ERAR d'accueillir la demande de protection du demandeur, sauf si la décision ERAR négative est fondée sur une quelconque erreur de droit décisive.

[28] Dans *Melo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 188 F.T.R. 39 (C.F. 1^{re} inst.), la Cour a accepté de différer l'exécution d'une mesure d'expulsion prise contre un résident permanent en raison de son casier judiciaire, jusqu'à ce qu'une décision soit prise concernant sa demande de contrôle judiciaire du rejet de sa demande de réexamen de la mesure d'expulsion par la Section d'appel de l'immigration. Le juge Pelletier (tel était alors son titre) a adopté une approche qui tient compte de la définition du préjudice irréparable appliquée dans *Toth* et dans *Suresh*. Le juge Pelletier a décidé que l'intérêt des enfants soulevait une question grave et la possibilité d'un préjudice irréparable, puisque le contrôle judiciaire serait en fait sans objet. Plus précisément, le juge Pelletier a dit, au paragraphe 22 [[2000] A.C.F. n° 403 (1^{re} inst.) (QL)]:

Si je n'avais pas conclu que la question grave à trancher dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire était celle de l'importance à accorder à l'intérêt des enfants de M. Melo pour ce qui est de la demande en réouverture de l'appel, l'affaire serait réglée. La demande de sursis serait rejetée. Mais si cela se produisait, l'intérêt des enfants serait affecté avant qu'un jugement devant porter sur leur intérêt ne soit rendu. Cela rendrait effectivement le contrôle judiciaire sans effet. Les circonstances ressemblent à celles de l'affaire *Suresh c. Canada*, [1999] 4 C.F. 206, [1999] A.C.F. n° 1180, dans laquelle le juge d'appel Robertson a conclu que la perte de l'avantage de pouvoir présenter une demande pouvait causer un préjudice irréparable au sens du critère en trois volets de l'arrêt *Toth*. Pour que la demande de contrôle judiciaire ait un quelconque effet, le *statu quo* doit être maintenu. Bien que l'avantage en question puisse sembler être un avantage pour les enfants, il s'agit aussi d'un avantage pour M. Melo. Je suis d'avis que la perte de l'avantage de pouvoir présenter la demande de contrôle judiciaire constitue un préjudice irréparable aux fins de la présente demande. [Non souligné dans l'original.]

[29] In *Ero v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 226 F.T.R. 311 (F.C.T.D.), the factual background somewhat resembles the present case. The only difference is that the negative pre-removal risk assessment was already conducted under the former Act. There, the applicant was seeking the judicial review of a decision of a post-claim determination officer (PCDO) which had determined under the former Regulations, that the applicant was not a member of the PDRCC class. The matter was heard a few months after the coming into force of the IRPA. The Court found that the application for judicial review was rendered moot by the prior removal of the applicant from Canada pursuant to the removal order.

[30] In this regard, Snider J. noted in *Ero* [at paragraphs 25-27]:

If I had, in this case, accepted the arguments of the applicant and set aside the decision of the PCDO and referred the matter back for re-determination, that re-determination would have taken place under s. 199 of the IRPA, which provides as follows:

“199. Sections 112 to 114 apply to a redetermination of a decision set aside by the Federal Court with respect to an application for landing as a member of the post-determination refugee claimants in Canada class within the meaning of the Immigration Regulations, 1978.”

...

Sections 112-114 of the IRPA relate to the PRRA. Since the applicant has returned to Nigeria, this court cannot order a PRRA, which is essentially a risk assessment that takes place prior to an individual's removal from Canada. As a result, the issues related to procedural fairness have become academic. Even if I were to agree with the applicant's submissions on the procedural fairness issue, the remedy sought by the applicant could not be granted. As a result, the decision of the court on the procedural fairness issue will have no practical effect on the rights of the applicant. Therefore, the first step in the mootness analysis as set out by the Supreme Court of Canada in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; 92 N.R. 110; 75 Sask. R. 82, has been met.

The second step of the *Borowski*, supra, test concerns whether I should exercise my discretion to hear the case. In my

[29] Dans *Ero c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2002), 226 F.T.R. 311 (C.F. 1^{re} inst.), les faits étaient assez semblables aux faits de l'espèce. Il n'y avait qu'une seule différence, à savoir que l'évaluation négative des risques avant renvoi avait été faite en vertu de l'ancienne Loi. Dans cette affaire, le demandeur sollicitait le contrôle judiciaire de la décision d'un agent de révision des revendications refusées (ARRR) qui avait été prise en vertu de l'ancien Règlement et selon laquelle le demandeur ne faisait pas partie de la catégorie DNRSRC. La question a été entendue quelques mois après l'entrée en vigueur de la LIPR. La Cour a conclu que le renvoi du demandeur, conformément à la mesure de renvoi, avait rendu le contrôle judiciaire théorique.

[30] À cet égard, la juge Snider a dit, dans *Ero* [2002 CFPI 1276, aux paragraphes 25 à 27]:

Si j'avais, en l'espèce, accepté les arguments du demandeur, annulé la décision de l'ARRR et renvoyé l'affaire pour un nouvel examen, celui-ci aurait été régi par l'article 199 de la LIPR, qui prévoit ce qui suit:

199. Les articles 112 à 114 s'appliquent au nouvel examen en matière de droit d'établissement d'une personne faisant partie de la catégorie de demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada au sens du Règlement sur l'immigration de 1978 et la décision à prendre en l'espèce est rendue sous son régime.

[...]

Les articles 112 à 114 de la LIPR se rapportent à l'ERAR. Compte tenu du fait que le demandeur est retourné au Nigeria, la Cour ne peut ordonner un ERAR, lequel constitue essentiellement une évaluation des risques effectuée avant le renvoi de la personne du Canada. Il s'ensuit que les questions touchant l'équité procédurale sont maintenant devenues théoriques. Même si j'avais accepté les arguments du demandeur quant à la question de l'équité procédurale, la réparation sollicitée par le demandeur n'aurait pu être accordée. Il en résulte que la décision de la Cour quant à la question de l'équité procédurale n'aura aucun effet pratique sur les droits du demandeur. Par conséquent, le premier volet de l'analyse du caractère théorique établie par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342 a été réalisé.

Le second volet du critère de l'arrêt *Borowski*, précité, consiste à décider si je dois exercer mon pouvoir discrétion-

opinion, this question should be answered in the negative. In *Borowski*, supra, the Supreme Court of Canada set out three factors which would justify the exercise of discretion to hear a moot issue: collateral consequences of the decision for the parties; the issue is of a recurring nature, but brief duration (such as an illegal strike); or the issue is one of public or national importance. None of these factors is present in this case. As addressed above, this court does not have the power to order the Minister to provide the applicant with a PRRA. In addition, as pointed out by the respondent, the applicant does have a pending H & C application, which could involve a risk assessment that is very similar to the PRRA assessment. As a result, the applicant has an opportunity to receive another risk assessment, regardless of the outcome of this application for judicial review. Consequently, no injustice will be suffered by the applicant if this application is dismissed on grounds of mootness. [My emphasis.]

[31] It is apparent from the learned Judge's comments in *Ero*, that she assumed that a PRRA, by its very nature, can only take place prior to the removal of an individual from Canada. While not expressly mentioned, it seems that she also assumed that a redetermination of the risk assessment under the new PRRA process, if subsequently ordered by the Court, implied that the applicant was still in Canada. That was impossible since he had already been removed. As can be seen from the reasoning quoted above, no direct mention is made to any "accrued rights" under the former Act. Moreover, while section 199 of the IRPA is referred to, the conclusion reached in *Ero*, lies essentially on the Court's firm opinion that it does not have legal power to grant the requested remedy.

[32] In *Kim*, which also presents a similar factual background, except that section 199 of the IRPA did not apply (like in the present case), the Court took a somewhat different position from the one adopted in *Ero*. In *Kim*, the applicant was asking this Court to stay her removal from Canada to South Korea pending the determination of her judicial review application attacking the validity of a negative PRRA. The applicant argued that she would suffer irreparable harm by being sent back to Korea because, *inter alia*, in the event that she were successful on her application for judicial review of the

naire pour entendre l'affaire. À mon avis, cette question devrait recevoir une réponse négative. Dans l'arrêt *Borowski*, précité, la Cour suprême du Canada a énoncé trois facteurs justifiant l'exercice du pouvoir discrétionnaire pour entendre une question théorique: les conséquences accessoires de la décision pour les parties, la nature répétitive de la question et sa courte durée (une grève illégale, par exemple) et l'importance publique ou nationale qu'elle revêt. Aucun de ces facteurs n'est présent en l'espèce. Tel qu'il a été mentionné précédemment, la Cour n'a pas le pouvoir d'ordonner au ministre de fournir au demandeur un ERAR. De plus, comme l'a fait remarquer le défendeur, le demandeur n'a pas de demande CH en instance, laquelle pourrait donner lieu à une évaluation des risques très semblable à l'ERAR. Par conséquent, le demandeur a la possibilité d'obtenir une autre évaluation des risques, peu importe le résultat de la présente demande de contrôle judiciaire. Le demandeur ne subira ainsi aucune injustice si la présente demande est rejetée en raison du caractère théorique de la question. [Non souligné dans l'original.]

[31] Il appert des commentaires de la juge dans *Ero*, qu'elle a tenu pour avéré que, de par sa nature, l'ERAR ne peut avoir lieu qu'avant le renvoi d'une personne du Canada. Sans le dire expressément, il semble qu'elle ait également pris pour acquis qu'un nouvel examen de l'évaluation des risques en vertu du nouveau processus ERAR, s'il était ordonné par la Cour par la suite, voulait dire que le demandeur se trouvait toujours au Canada. Cela est impossible puisqu'il avait déjà été renvoyé. Dans son raisonnement, la juge n'a pas mentionné directement les «droits acquis» en vertu de l'ancienne Loi. En outre, bien que la juge mentionne l'article 199 de la LIPR, la conclusion tirée dans *Ero* est fondée, pour l'essentiel, sur la ferme opinion de la Cour qu'elle n'avait pas le pouvoir d'accorder la réparation demandée.

[32] Dans *Kim*, décision dans laquelle les faits étaient semblables aux faits de l'espèce sauf que l'article 199 de la LIPR ne s'appliquait pas (comme en l'espèce), la Cour a adopté une position légèrement différente que dans *Ero*. Dans *Kim*, la demanderesse demandait à la Cour de différer l'exécution de la mesure de renvoi du Canada vers la Corée du Sud en attendant la décision relative à sa demande de contrôle judiciaire d'une ERAR négative. La demanderesse prétendait qu'elle subirait un préjudice irréparable si elle était renvoyée en Corée parce que, si sa demande de contrôle judiciaire visant la décision de

PRRA officer's decision, no remedy would then be available to her at that point. This would render her judicial review application moot. Counsel for the applicant relied on the case of *Ero*. In distinguishing the facts of that case from *Ero*, O'Reilly J. remarked, at paragraph 9:

Counsel for Ms. Kim argued that she would suffer irreparable harm in being sent back to Korea because, in the event that she were successful on her application for judicial review of the PRRA officer's decision, no remedy would be available to her at that point. Counsel relied on the case of *Ero v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 1276 (Fed. T.D.). There, Snider J. held that the removal of an applicant from Canada had the effect of rendering moot reconsideration of a Post-Determination Refugee Claimants in Canada ("PDRCC") application. That conclusion was based on an interpretation of s. 199 of the Act—a transitional rule—and the requirement in s. 112 that an application for protection be made by a person "in Canada." However, that transitional rule has no application here. I see nothing in the Act or the Rules that would interfere with the entitlement of a PRRA applicant, who has been removed from Canada and who is successful on judicial review, to have that application reconsidered. [My emphasis.]

[33] Be that as it may, apparently on a similar background factual situation, in *Resulaj v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1168, decided a few months after *Kim*, a stay was granted by the Court pending the determination of a judicial review application seeking to set aside a negative PRRA. This time, finding that the applicant had raised a serious issue, O'Reilly J. accepted the applicant's counsel's argument that removal would render nugatory any legal remedy that might ultimately be available to the applicant [at paragraph 5]:

This case involves the question whether the assessment of personal risk to Ms. Resulaj was adequate. Removing her to face that potential risk while the legal issue in her case is explored before the Court would render nugatory any legal remedy that might ultimately be available to her. Such circumstances constitute irreparable harm: *Melo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] F.C.J. No. 403 (QL) (T.D.). [My emphasis.]

l'agent ERAR était accueillie, elle n'aurait aucun recours. Son renvoi rendrait le contrôle judiciaire théorique. L'avocat de la demanderesse a invoqué la décision *Ero*. En distinguant les faits de cette affaire des faits dans *Ero*, le juge O'Reilly a dit, au paragraphe 9 [2003 CFPI 321]:

L'avocat de M^{me} Kim a prétendu que sa cliente subirait un préjudice irréparable si elle était renvoyée en Corée parce que, dans l'éventualité où sa demande de contrôle judiciaire visant la décision de l'agent d'ERAR était accueillie, elle n'aurait aucun recours. Son avocat s'est appuyé sur la décision *Ero c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 1276, dans laquelle M^{me} la juge Snider a conclu que le renvoi d'un demandeur du Canada rendait théorique le nouvel examen d'une demande présentée à titre de membre de la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada (CDNRSRC). Cette conclusion était fondée sur l'interprétation de l'article 199 de la Loi—une mesure transitoire—et sur la condition prévue à l'article 112 selon laquelle la demande de protection doit être présentée par une personne «se trouvant au Canada». Cette mesure transitoire ne s'applique cependant pas en l'espèce. Je ne vois rien dans la Loi ou dans le Règlement qui fasse obstacle au droit d'un demandeur d'un ERAR qui a été renvoyé du Canada et dont la demande de contrôle judiciaire a été accueillie d'obtenir un nouvel examen de sa demande. [Non souligné dans l'original.]

[33] Quoi qu'il en soit, apparemment dans un contexte semblable, dans *Resulaj c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1168, décision qui a été rendue quelques mois après *Kim*, la Cour a accordé un sursis en attendant le résultat d'une demande de contrôle judiciaire visant à obtenir l'annulation d'une ERAR négative. Cette fois, en décidant que le demandeur avait soulevé une question sérieuse, le juge O'Reilly a reconnu le bien-fondé de l'argument de l'avocat du demandeur qui prétendait que le renvoi rendrait inutile toute réparation dont pourrait se prévaloir le demandeur à l'avenir [au paragraphe 5]:

La présente affaire soulève la question de savoir si l'évaluation des risques que le renvoi de M^{me} Resulaj lui ferait courir a été adéquatement faite. Exécuter son renvoi et lui faire courir ces risques, alors qu'une instance judiciaire se penche sur sa situation juridique, rendrait inutile toute réparation que cette instance pourrait éventuellement lui accorder. Un tel état de fait constitue un dommage irréparable: *Melo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 403 (QL) (1^{re} inst.). [Non souligné dans l'original.]

[34] I note that O'Reilly J. in *Resulaj*, refers to *Melo*, which explicitly recognized [at paragraph 22] "that the loss of the benefit of an application can amount to irreparable harm within the meaning of the tri-partite test in *Toth*." To the extent that the PRRA officer failed to consider relevant documentary evidence dealing with the country conditions or applied the wrong standard of proof, the right to remain in Canada is certainly affected prior to a ruling of the Court being obtained on these issues. This reasoning is similar to the one adopted by Pelletier J. where the best interests of the child had to be considered. However, the views taken in *Resulaj* and *Melo* are not shared by all judges of this Court or the Federal Court of Appeal.

[35] In *Selliah*, prior to the hearing of the applicants' appeal, the Federal Court of Appeal was asked by the applicants to stay their removal from Canada. In that case, this Court [(2004), 256 F.T.R. 53] had already dismissed their applications for judicial review of the PRRA officer's decision that they were not at risk of persecution if returned to Sri Lanka, and the same officer's refusal of their applications to remain in Canada on H&C grounds. That said, Blanchard J. did not certify a question in respect of the application to review the H&C decision. The Federal Court's dismissal of the application to review the H&C decision was therefore not the subject of the appeal made to the Federal Court of Appeal. The applicants' motion seeking a stay pending the appeal was decided by Evans J.A. who denied the stay.

[36] While, in Evans J.A.'s opinion, the certified question relating to the burden of proof under section 97 of the IRPA raised an "arguable issue", the motion for a stay should nevertheless fail because the applicants had not met the requirement of showing that, unless their removal is stayed pending the determination of their appeal, they would suffer irreparable harm. In this regard, based on the evidence on record, Evans J.A. first considered that the applicants had not conclusively established that, if returned to Sri Lanka, they would be at risk of one of the forms of persecution identified in subsection 97(1) of the IRPA. Moreover, he dismissed

[34] Je constate que dans *Resulaj*, le juge O'Reilly mentionne *Melo*, qui reconnaît explicitement qu'[au paragraphe 22] «la perte de l'avantage de pouvoir présenter une demande pouvait causer un préjudice irréparable au sens du critère à trois volets de l'arrêt *Toth*». Si l'agent ERAR n'a pas tenu compte de la preuve documentaire sur la situation du pays ou s'il a appliqué la mauvaise norme de preuve, cela aura très certainement une influence sur le droit d'une personne de demeurer au Canada avant qu'elle n'obtienne l'intervention de la Cour. Le raisonnement est semblable à celui du juge Pelletier pour ce qui touche l'intérêt supérieur de l'enfant. Toutefois, les juges de la Cour et de la Cour d'appel fédérale n'ont pas tous adopté le raisonnement de *Resulaj* et de *Melo*.

[35] Dans *Selliah*, avant l'audition de l'appel interjeté par les demandeurs, ces derniers avaient demandé à la Cour d'appel fédérale de prononcer le sursis de leur renvoi. Dans cette affaire, la Cour [(2004), 256 F.T.R. 53] avait déjà rejeté leur demande de contrôle judiciaire de la décision de l'agent ERAR selon laquelle ils n'étaient pas exposés au risque d'être persécutés s'ils étaient renvoyés au Sri Lanka, et du rejet, par le même agent, de leurs demandes d'établissement pour des raisons d'ordre humanitaire. Cela dit, le juge Blanchard n'a certifié aucune question relativement à la demande de contrôle de la décision pour des raisons d'ordre humanitaire. Le rejet de la Cour fédérale de la demande de contrôle judiciaire de la décision pour des considérations humanitaires n'était donc pas visé par l'appel interjeté devant la Cour d'appel fédérale. La requête en sursis des demandeurs en attendant l'appel a été tranchée par le juge Evans, J.C.A., qui l'a rejetée.

[36] Même si, de l'avis du juge d'appel Evans, la question certifiée concernant le fardeau de la preuve en vertu de l'article 97 de la LIPR soulevait un «point plaidable», la requête en sursis devait néanmoins être rejetée au motif que les demandeurs n'avaient pas établi qu'ils subiraient un préjudice irréparable si leur renvoi n'était pas différé en attendant le résultat de leur appel. À cet égard, compte tenu de la preuve au dossier, le juge d'appel Evans a commencé par dire que les demandeurs n'avaient pas prouvé, d'une manière décisive, que s'ils retournaient au Sri Lanka, ils seraient personnellement exposés au risque d'être soumis à la persécution dont

the applicants' argument that the appeal would be rendered nugatory. In this regard, Evans J.A. noted at paragraph 20:

Since the appeal can be ably conducted by experienced counsel in the absence of the appellants and since, if the appeal is successful, the appellants will probably be permitted to return to Canada at public expense, I cannot accept that removal renders their right of appeal nugatory. [My emphasis.]

[37] That said, in the present case, counsel for the respondent was not ready to accept at the hearing that if the present judicial review application is successful, the applicant "will probably be permitted to return to Canada at public expense", as assumed by Evans J.A. in *Selliah*. While subsection 52(2) of the IRPA prescribes that the return of a foreign national at the expense of the Minister is warranted in the case where a removal order has been subsequently set aside in a judicial review, subsection 52(2) of the IRPA does not apply in the case at bar since the validity of the removal order, which has already been enforced against the applicant, has never been under attack.

[38] In *El Ouardi v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FCA 42, Rothstein J.A. dismissed an application for a stay of a removal order pending appeal of a decision of Blais J. of this Court, who had refused to entertain a stay of removal application pending the disposition of the two judicial reviews made by the appellant. One of these judicial reviews was from a negative PRRA decision while the other was from a decision refusing to defer the appellant's removal pending determination of an H&C application. Rothstein J.A. considered that the appellant did not make out a case of irreparable harm. It was argued that the appellant had a child in Canada, that the best interests of the child were relevant and they were not considered in the appellant's risk assessment by the PRRA officer. Although Rothstein J.A. recognized that the best interests of the child were relevant, there was no indication that they were raised on the appellant's risk assessment and it was not obvious to him that the risk assessment was the appropriate forum to have done so. As for the mootness argument, while removal may cause hardship, it was not clear in the particular circumstances of the case "that rendering the appeal nugatory will result

parle le paragraphe 97(1) de la LIPR. En outre, il a rejeté l'argument des demandeurs selon lequel l'appel deviendrait illusoire. À cet égard, le juge d'appel Evans a dit, au paragraphe 20 de l'arrêt [2004 CAF 261]:

Puisque l'appel pourra être habilement plaidé par une avocate d'expérience, en l'absence des appelants, et puisque, si les appelants obtiennent gain de cause en appel, ils seront probablement autorisés à revenir au Canada aux frais de l'État, je ne puis souscrire à l'idée que leur renvoi rendra illusoire leur droit d'appel. [Non souligné dans l'original.]

[37] Cela dit, en l'espèce, l'avocat du défendeur n'était pas disposé à reconnaître, à l'audience, que si la présente demande de contrôle judiciaire était accueillie, le demandeur «sera[it] probablement autorisé à revenir au Canada aux frais de l'État», comme l'a mentionné le juge Evans, J.C.A., dans *Selliah*. Le paragraphe 52(2) de la LIPR prévoit le retour d'un étranger aux frais du ministre si la mesure de renvoi non susceptible d'appel est cassée à la suite d'un contrôle judiciaire, mais la disposition ne s'applique pas en l'espèce puisque la validité de la mesure de renvoi qui a déjà été exécutée contre le demandeur n'a jamais été contestée.

[38] Dans *El Ouardi c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CAF 42, le juge Rothstein, J.C.A., a rejeté la demande de sursis d'une mesure de renvoi en attendant le résultat de l'appel interjeté contre la décision du juge Blais de la Cour dans laquelle ce dernier avait refusé de différer l'exécution de la mesure de renvoi en attendant la décision relative aux deux demandes de contrôle judiciaire déposées par l'appelante. L'une des demandes de contrôle judiciaire visait une décision négative ERAR alors que l'autre visait le refus de différer le renvoi de l'appelante en attendant la décision relative à une demande pour des raisons d'ordre humanitaire. Le juge d'appel Rothstein a dit que l'appelante n'avait pas établi l'existence d'un préjudice irréparable. L'avocat a prétendu que l'appelante avait un enfant au Canada, que l'intérêt supérieur de ce dernier était un élément pertinent et que l'agent ERAR n'en avait pas tenu compte dans l'évaluation des risques. Le juge d'appel Rothstein a dit que l'intérêt de l'enfant était une question pertinente, mais que rien n'indiquait que cette question avait été soulevée lors de l'évaluation des risques de l'appelante et qu'il n'était pas évident que ladite évaluation était le

in irreparable harm". On this matter, Rothstein J.A. noted at paragraph 8:

The appellant argues that her appeal will be rendered nugatory if the stay is not granted, resulting in irreparable harm. The difficulty with the argument that an appeal being rendered nugatory amounts to irreparable harm is that if it is adopted as a principle, it would apply to virtually all removal cases in which a stay is sought and would essentially deprive the Court of the discretion to decide questions of irreparable harm on the facts of each case. In some cases, the fact that an appeal is rendered nugatory will amount to irreparable harm. In others, it will not. The material indicates that the appellant's husband may apply to sponsor her return to Canada. While removal will cause hardship, it is not clear that rendering the appeal nugatory will result in irreparable harm. [My emphasis.]

[39] In *El Ouardi*, it does not appear that the appellant's life or security was at risk. Moreover, the balance of convenience clearly favoured the Minister since the appellant's application for judicial review of the PRRA decision was filed out of time and the appellant need not have waited until the day before her scheduled removal to apply for a stay. That said, Rothstein J.A.'s reasoning in *El Ouardi*, appears to distinguish or restrict the applicability of the general comments made in *Toth* and *Melo*, with respect to irreparable harm. However, contrary to the view taken by Evans J.A. in *Selliah*, a broad reading of the statements in *El Ouardi*, also suggests that Rothstein J.A. implicitly recognized that removal will undoubtedly render an underlying judicial review application moot or nugatory. However, this fact alone should not constitute the only governing factor in the exercise of the Court's discretion to grant a stay as it would otherwise deprive "the Court of the discretion to decide questions of irreparable harm on the facts of each case." The effects on the individual have to be considered at the same time. This seems to suggest that if there is both a risk to an individual's life or security of the person and a risk that the individual will be deprived of an effective remedy, a stay should be

meilleur moment de le faire. Quant à l'argument fondé sur l'aspect théorique de la question, il était vrai que le renvoi pouvait entraîner des difficultés mais il n'était pas clair, dans la situation en cause, que «de fait de rendre l'appel inopérant occasionnera un préjudice irréparable». Sur cette question, le juge d'appel Rothstein a dit, au paragraphe 8:

L'appelante fait valoir que son appel deviendra inopérant si le sursis n'est pas accordé, lui occasionnant ainsi un préjudice irréparable. Le problème avec l'argument selon lequel un appel rendu inopérant équivaut à un préjudice irréparable est que, s'il était adopté en tant que principe, il s'appliquerait à presque tous les cas de renvoi dans lesquels on sollicite un sursis et il priverait essentiellement la Cour du pouvoir discrétionnaire de trancher les questions de préjudice irréparable en se basant sur les faits de chaque espèce. Dans certains cas, le fait que l'appel devienne inopérant équivaudra à un préjudice irréparable. Dans d'autres, ce ne sera pas le cas. Les documents indiquent que le mari de l'appelante peut présenter une demande pour parrainer son retour au Canada. Le renvoi entraînera sans doute des difficultés, mais il n'est pas évident que le fait de rendre l'appel inopérant occasionnera un préjudice irréparable. [Non souligné dans l'original.]

[39] Dans *El Ouardi*, l'appelante ne semblait pas être exposée à un risque de menace à sa vie ou à sa sécurité. En outre, la prépondérance des inconvénients favorisait nettement le ministre puisque l'appelante avait déposé sa demande de contrôle judiciaire de la décision ERAR tardivement et qu'elle n'aurait pas dû attendre la veille de son renvoi pour demander un sursis. Cela dit, le raisonnement du juge d'appel Rothstein dans *El Ouardi*, semble se distinguer des commentaires généraux des arrêts *Toth* et *Melo* concernant le préjudice irréparable ou en limiter l'application. Toutefois, contrairement à l'opinion exprimée par le juge d'appel Evans dans *Selliah*, une interprétation large de *El Ouardi* laisse également à penser que le juge d'appel Rothstein a implicitement reconnu que le renvoi allait très certainement rendre la demande de contrôle judiciaire inutile ou théorique. Toutefois, ce fait, à lui seul, ne devrait pas être décisif pour ce qui touche le pouvoir discrétionnaire de la Cour d'accorder un sursis puisqu'il priverait en fait «la Cour du pouvoir discrétionnaire de trancher les questions de préjudice irréparable en se basant sur les faits de chaque espèce». Il faut tenir compte, en même temps, des répercussions de la décision sur la personne. Cette affirmation donne à penser que si

granted if a serious issue is otherwise raised, since this will constitute irreparable harm and the balance of convenience will clearly favour the applicant in such a case.

Determination in this case

[40] The PRRA process was implemented to allow individuals to apply for a review of the conditions surrounding the risk of return prior to their removal from Canada and not after their removal. Indeed, the PRRA emerged as a result of the jurisprudence of the Federal Court of Appeal and the Supreme Court of Canada, which required a timely risk assessment to comply with section 7 of the Charter [*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]] (*Farhadi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 6 Imm. L.R. (3d) 80 (F.C.A.); *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3). It is clear that Parliament's primary intention in enacting the PRRA process was to comply with Canada's domestic and international commitments to the principle of non-refoulement, Regulatory Impact Analysis Statement to the IRP Regulations, *C. Gaz.* 2001.I 4550, 4552). Subsection 115(1) of the IRPA, found in Division 3—Pre-removal risk assessment which comprises sections 112-116 of the IRPA, assures that a person shall not be removed from Canada to a country where they would be at risk of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment. Naturally, this statutory right is subject to the exceptions mentioned at subsection 115(2) of the IRPA (however, for the purposes of the present case, it is not necessary to determine whether such exceptions contravene section 7 of the Charter). Accordingly, the PRRA is closely linked in time to removals and is carried out immediately prior to removal.

[41] The fact that PRRA applicants receive a statutory stay of removal under section 232 of the IRP Regulations

la personne était exposée à un risque de menace à sa vie ou à sa sécurité et qu'elle serait également privée d'un recours utile, il faut accorder le sursis si l'affaire soulève une question sérieuse puisque il s'agira d'un préjudice irréparable et que, dans une telle situation, la prépondérance des inconvénients sera très nettement favorable au demandeur.

Décision

[40] Le processus ERAR a été mis en œuvre pour qu'une personne puisse demander l'examen des risques avant son renvoi du Canada plutôt qu'après. D'ailleurs, l'ERAR est le résultat de décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour suprême du Canada dans lesquelles les juges ont demandé une évaluation en temps utile des risques, aux fins de l'article 7 de 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° 44]] (*Farhadi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 6 Imm. L.R. (3d) 80 (C.A.F.); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3). Bien entendu, en adoptant le processus ERAR, le législateur voulait surtout respecter les engagements nationaux et internationaux du Canada relativement au principe du non-refoulement (Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, RIPR, *Gaz. C.* 2001.I.4550 et 4552). En vertu du paragraphe 115(1) de la LIPR, Section 3—Examen des risques avant renvoi qui englobe les articles 112 à 116 de la LIPR, aucune personne ne sera renvoyée du Canada à un pays où elle risque la persécution du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, ou encore risque la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités. Bien entendu, ce droit souffre quelques exceptions qui sont mentionnées au paragraphe 115(2) de la LIPR (toutefois, pour les fins de la présente affaire, il n'est pas nécessaire de décider si ces exceptions contreviennent à l'article 7 de la Charte). Par conséquent, l'ERAR est étroitement liée à la date de renvoi prévue et elle est effectuée juste avant l'exécution de la mesure.

[41] Conformément à l'article 232 du RIPR, les demandeurs d'ERAR bénéficient d'un sursis de la

is indicative of the legislative intent to have PRRA's completed before applicants are to be returned to face the risks they allege. The PRRA's fundamental purpose is to determine whether or not a person can safely be removed from Canada without being subject to persecution, torture or inhumane treatment. This purpose ceases to exist upon removal. Further, if the applicant returned and suffered persecution, torture or inhumane treatment, the redetermination of the PRRA may not have any practical effect. In this context, it is understandable that judges of various jurisdiction have stated that in such cases, where a serious issue is raised, a stay should be granted to prevent irreparable harm. As was decided by Lane J. of the Ontario Court (General Division) in *Suresh v. R.* (1998), 38 O.R. (3d) 267, where [at paragraph 24] "the evidence shows that [the applicant] will almost certainly be detained and questioned and exposed to the risks of torture and extra-judicial execution . . . there is a strong probability that it will be impossible for the Canadian courts to influence the situation at all. His application will become moot, for any relief he might obtain would be unenforceable." (My emphasis). It follows that the refusal by the Court to grant an applicant a stay pending the determination of his judicial review application "decides the whole case against him" and certainly constitutes an irreparable harm in such circumstances.

[42] Indeed, Lane J.'s reasoning in *Suresh*, was subsequently endorsed by Southey J. in *Suresh v. R.* (1999), 42 O.R. (3d) 797 (Div. Ct.), at page 799; affg (1998), 38 O.R. (3d) 267 (Gen. Div.), and by Robertson J.A. in *Suresh*, at paragraphs 13, 14 and 16 (F.C.A.):

Clearly, the issue of irreparable harm can be answered in one of two ways. The first involves an assessment of the risk of personal harm if a person is deported or deported to a particular country. The second involves an assessment of the effect of a denial of a stay application on a person's right to have the merits of his or her case determined and to enjoy the benefits associated with a positive ruling.

The alternative argument advanced by counsel for Mr. Suresh is that his pending appeal will be rendered "moot" or "nugatory" if he is deported prior to the hearing of his appeal.

mesure de renvoi. Le législateur voulait donc que l'ERAR soit complétée avant le renvoi des demandeurs pour faire face au risque qu'ils allèguent. L'ERAR a pour objet principal de décider si une personne peut être renvoyée d'une manière sécuritaire du Canada sans qu'elle soit exposée à la persécution, à la torture ou à des traitements inhumains. Cet objet cesse d'exister si la personne est renvoyée. En outre, si le demandeur est renvoyé et qu'il a été persécuté ou soumis à la torture ou à un traitement inhumain, la nouvelle ERAR n'aura peut-être aucun effet pratique. Dans ce contexte, on peut comprendre que les juges des diverses juridictions aient dit que, dans ce type de situation, lorsqu'il y a une question sérieuse à trancher, il y a lieu d'accorder un sursis pour éviter un préjudice irréparable. Comme l'a décidé le juge Lane de la Cour de l'Ontario (Division générale) dans *Suresh v. R.* (1998), 38 O.R. (3d) 267, lorsque [au paragraphe 24] [TRADUCTION] «la preuve révèle que [le demandeur] sera fort probablement détenu et interrogé et exposé à un risque de torture et d'exécution sommaire [. . .] il est fort probable que les tribunaux canadiens ne seront à même d'exercer aucune influence sur la situation. Sa demande sera inutile puisque toute réparation obtenue ne sera pas exécutoire.» (Non souligné dans l'original.) Il s'ensuit que le refus par la Cour d'accorder un sursis à un demandeur en attendant qu'une décision soit prise au sujet de sa demande de contrôle judiciaire «sera définitif» et constituera très certainement, dans ces circonstances, un préjudice irréparable.

[42] D'ailleurs, le raisonnement du juge Lane dans *Suresh*, a été entériné par le juge Southey dans *Suresh v. R.* (1999), 42 O.R. (3d) 797 (C. div.), à la page 799; confirmant (1998), 38 O.R. (3d) 267 (Div. gén.) et par le juge d'appel Robertson dans *Suresh*, aux paragraphes 13, 14 et 16 (C.A.F.):

À l'évidence, il est possible de répondre à la question du préjudice irréparable de deux façons. La première consiste à évaluer le risque de préjudice personnel en cas de renvoi dans un pays donné. La seconde consiste à évaluer l'effet du rejet d'une demande de sursis sur le droit d'une personne d'obtenir une décision sur le fond de sa cause et de profiter des avantages rattachés à une décision positive.

L'autre moyen invoqué par l'avocat de M. Suresh est que l'appel en instance deviendra «sans objet» ou «futile» si M. Suresh est expulsé avant l'audition de son appel. En supposant

Assuming that Mr. Suresh is deported and detained in Sri Lanka prior to that proceeding, and assuming that he is successful on appeal, Mr. Suresh's successful constitutional challenge would be a hollow victory, since the Sri Lankan authorities would be unlikely to release him and, therefore, he would be unable to avail himself of the fruits of his victory, most likely, the right to remain in Canada until such time as his case is disposed of in accordance with the Charter. Were he to remain in Canada and be successful on his appeal, I take it for granted that the Minister would be unable to act on the deportation order. [My emphasis.]

...

As I read the jurisprudence, the only [underlining in original] reason the Ontario courts have been prepared to entertain concurrent proceedings stems from the fact that the denial of injunctive relief would render the proceedings in the Federal Court moot. In this regard, I respectfully agree with the following comments of Justice Southey in *Suresh v. R.* (1999), 42 O.R. (3d) 797 (Divisional Court) [at page 799], affg (1998), 38 O.R. (3d) 267 (General Division):

It appears to us that, barring the intervention of Lane J., the order made in the Federal Court of Canada on January 16, 1998, carried with it an unjustifiable risk of rendering practically nugatory any remedy available in the judicial review proceeding still alive in the Federal Court. [Underlining added by Robertson J.A.]

[43] The respondent does not contest the fact that a subsequent judicial decision to order a redetermination of the PRRA cannot eliminate the experience or suffering if the applicant has been persecuted or tortured upon return to his or her country and cannot have any impact if the latter has been killed. If the individual, in fact, experiences persecution, torture or inhumane treatment upon return, Canada is hardly able to effectively protect the applicant. Logically, this commands that an applicant not be returned in the first place to the country. It is the right not to be returned to a country, where such risk exists, based on the principle of non-refoulement, that can be effectively denied in such a case. The primary purpose of an application for protection made under section 112 of the IRPA is not to gain permanent resident status or to obtain a permanent resident visa once removal has been affected. It certainly becomes more difficult, if not impossible, for Canada to

que M. Suresh soit déporté et détenu au Sri Lanka avant l'audition de son appel, et en supposant que son appel soit accueilli, une décision favorable à M. Suresh quant à la contestation constitutionnelle serait une fausse victoire puisqu'il est peu probable que les autorités sri-lankaises le mettraient en liberté et, partant, il ne serait pas en mesure de profiter des fruits de sa victoire, c'est-à-dire, fort probablement, le droit de demeurer au Canada jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur son cas en conformité avec la Charte. S'il devait demeurer au Canada et avoir gain de cause en appel, je présume que le ministre ne serait pas en mesure de donner suite à la mesure d'expulsion. [Je souligne.]

[. . .]

Selon mon interprétation de la jurisprudence, la seule [souligné dans l'original] raison pour laquelle les cours de l'Ontario ont été disposées à connaître des poursuites concurrentes réside dans le fait que le refus d'une injonction rendrait la poursuite devant la Cour fédérale sans objet. À cet égard, je souscris aux remarques suivantes que le juge Southey a faites dans l'affaire *Suresh c. R.* (1999), 42 O.R. (3d) 797 (Cour divisionnaire) [à la page 799], confirmant (1998), 38 O.R. (3d) 267 (Division générale):

[TRADUCTION] Il nous semble que, sans l'intervention du juge Lane, l'ordonnance rendue par la Cour fédérale du Canada le 16 janvier 1998 comportait le risque injustifiable de rendre pratiquement futile toute réparation qui peut être accordée dans l'instance en contrôle judiciaire encore pendante devant la Cour fédérale. [Souligné par le juge Robertson, J.C.A.]

[43] Le défendeur ne nie pas que si un tribunal ordonne, par la suite, une nouvelle ERAR, la décision n'effacera en rien l'expérience ou la souffrance du demandeur qui aura été persécuté ou torturé dans son pays et elle ne sera pas utile s'il a été exécuté. En fait, si la personne est persécutée, si elle est torturée ou qu'elle est soumise à un traitement inhumain dans son pays, le Canada ne pourra certainement pas lui assurer une protection efficace. Logiquement, il faudrait donc qu'un demandeur ne soit pas renvoyé dans ce pays. Le demandeur a le droit de ne pas être renvoyé dans un pays où ce risque existe à cause du principe du non-refoulement, principe qui, en fait, serait violé dans un tel cas. Une demande de protection en vertu de l'article 112 de la LIPR n'a pas pour objet principal l'obtention du statut de résident permanent ni d'un visa une fois le renvoi exécuté. Il devient très certainement plus difficile, voire impossible, pour le Canada de

effectively protect an individual who is outside its boundaries pending a redetermination of an application for protection following the Court's conclusion that a negative PRRA decision should be set aside. Therefore, I find that there is considerable force in the applicant's counsel's submission that any ensuing judicial review application directed against a negative PRRA decision becomes somewhat moot once an individual is removed from Canada. Moreover, if the Court cannot effectively order the respondent to immediately return to Canada as a result of a material error made by the PRRA officer, what purpose is served in ordering that a redetermination of the risk nevertheless takes place as if the applicant was still in Canada, while in fact he has been removed a long time ago?

[44] The respondent has submitted that removing an individual who has made an application for protection under section 112 of the IRPA from Canada does not have the effect of rendering nugatory any remedy available. Indeed, the respondent submits that Parliament intended to allow PRRAs to be determined even after applicants had been removed from Canada. According to the respondent, this intent is clear from the fact that Parliament did not make the statutory stay in question last until the judicial review of a PRRA is determined and the fact that there is no statutory stay for subsequent PRRAs. According to the respondent, this shows that Parliament did not intend judicial reviews of PRRAs to be moot upon removal. I do not find this argument very persuasive. There may be cases where, despite a negative PRRA decision, the removal order has not been enforced (section 165 of the IRP Regulations). In view of the change of circumstances, subject to any prescribed delay, the individual who is still in Canada can make a second application for protection. It is understandable in such a case that he will not benefit from another regulatory stay. While the IRP Regulations do not accord a stay in all cases where PRRAs are judicially reviewed (sections 163, 165 and 232 of the IRP Regulations), this position is consistent with Parliament's intention that, once risk has been assessed by a PRRA officer a first time, the removal order is enforceable and should be enforced by the respondent as soon as reasonably practicable (subsection 48(2) of the IRPA). Therefore, Parliament or Government's choice not to grant an automatic stay in such circumstances is a deliberate choice to allow the

protéger efficacement une personne qui se trouve en dehors de ses frontières, en attendant le réexamen d'une demande de protection si la Cour a annulé une décision ERAR négative. Par conséquent, j'estime que l'argument présenté par l'avocat du demandeur est très percutant. Ce dernier soutient que toute demande de contrôle judiciaire d'une décision négative ERAR est sans objet si la personne visée a été renvoyée du Canada. En outre, si la Cour ne peut pas réellement ordonner le retour immédiat du demandeur à cause d'une erreur grave de l'agent ERAR, pour quelle raison le tribunal ordonnerait-il une nouvelle appréciation du risque comme si le demandeur se trouvait toujours au Canada alors que, dans les faits, il y a bien longtemps qu'il a été renvoyé?

[44] Le défendeur fait valoir que le renvoi d'une personne qui a déposé une demande de protection en vertu de l'article 112 de la LIPR n'a pas pour effet de rendre inutiles toutes les réparations possibles. D'ailleurs, le défendeur prétend même que le législateur voulait qu'une ERAR soit effectuée, même après le renvoi du Canada du demandeur. Selon le défendeur, l'intention du législateur est claire puisqu'il n'a pas exigé que le sursis en cause demeure en vigueur jusqu'à la décision relative à une demande de contrôle judiciaire d'une ERAR ni prévu un sursis lors d'une ERAR subséquente. Selon le défendeur, la situation révèle que le législateur ne voulait pas que le contrôle judiciaire d'une ERAR soit inutile en cas de renvoi. Je ne suis pas convaincu du bien-fondé de cet argument. Il pourrait y avoir des situations dans lesquelles, malgré une décision ERAR négative, la mesure de renvoi n'a pas été exécutée (article 165 du RIPR). Compte tenu du changement de circonstances, et sous réserve des délais applicables, la personne qui est demeurée au Canada pourrait présenter une autre demande de protection. On comprendra qu'elle ne bénéficierait toutefois pas d'un nouveau sursis conformément au Règlement. Le RIPR ne prévoit pas un sursis chaque fois qu'une ERAR fait l'objet d'un contrôle judiciaire (articles 163, 165 et 232 du RIPR), mais cette position est conforme à l'intention du législateur selon laquelle, lorsque le risque a été évalué une première fois par un agent ERAR, la mesure de renvoi est exécutoire et devrait être appliquée dès que les circonstances le permettent (paragraphe 48(2) de la LIPR). Par conséquent, le choix du législateur ou du

Federal Court to decide which judicial reviews of PRRA decisions are worthy of stays.

[45] Where there is a serious issue in respect of a negative PRRA decision resulting in exposing the applicant to persecution or subjecting him personally to a danger of torture or a risk to life or cruel or unusual treatment or punishment, for which a stay is sought pending the determination of the underlying judicial review application, irreparable harm will necessarily result and the balance of convenience in such a case will normally favour the applicant. Thus, a stay should normally be granted by the Court in these circumstances apart from the question of whether the underlying judicial review application may also be otherwise rendered moot if removal is affected. On the other hand, following a negative PRRA decision, where the Motions Judge does not find a serious issue on a stay, there is thus no logical reason to stay the removal order pending the determination of the judicial review application with respect to a PRRA decision which by itself, if positive, amounts to a stay. The applicant is removed and the judicial review application is allowed to become moot on the assumption that if the stay has been refused on the ground that there is no serious issue, then leave will not normally be subsequently granted by the applications Judge (since it will be difficult in these circumstances to submit that there is a fairly arguable case). However, this basic assumption failed in the particular case resulting in the question now before the Court. This particular feature certainly renders the present case exceptional.

[46] While the question of whether or not the applicant faces risk in Sri Lanka remains in dispute between the parties and continues to create an adversarial context, this is not the precise question that the Court has to answer in the present case. Rather, the Court must determine whether the PRRA officer breached the rules of procedural fairness or otherwise committed a reviewable error. This is not an appeal from the PRRA decision. The Court is not entitled to render the decision that should have been rendered in the first place. It can only order a redetermination. Indeed, the

gouvernement de ne pas accorder un sursis dans ces circonstances est un choix délibéré pour permettre à la Cour fédérale de décider dans quels cas il faut accorder un sursis lorsqu'il y a contrôle judiciaire d'une décision ERAR.

[45] Lorsqu'il y a une question sérieuse à trancher concernant une décision ERAR négative qui exposera le demandeur au risque d'être persécuté ou qui l'exposera personnellement à un danger de torture ou de menace à sa vie ou à un traitement ou peine cruel ou inusité, et qu'un sursis est demandé en attendant la décision relative à la demande principale de contrôle judiciaire, il s'ensuivra nécessairement un préjudice irréparable et, en règle générale, la prépondérance des inconvénients favorisera le demandeur. Donc, la Cour devrait normalement accorder le sursis dans ces circonstances mis à part la question de savoir si la demande principale de contrôle judiciaire sera sans objet si le demandeur est renvoyé. Par contre, suivant une décision ERAR négative, lorsque le juge des requêtes estime que la demande de sursis ne soulève aucune question sérieuse, il n'y a aucune raison logique de différer la mesure de renvoi en attendant la décision relative au contrôle judiciaire d'une décision ERAR qui en soi, si elle est positive, entraîne un sursis. Si le demandeur est renvoyé et la demande de contrôle judiciaire est rendue inutile puisque le sursis a été refusé pour absence de question sérieuse à trancher, habituellement, le juge rejette la demande d'autorisation (puisque'il sera difficile, dans ces circonstances, de prétendre que la cause est plaidable). Toutefois, cette hypothèse de base ne s'est pas appliquée en l'espèce et la Cour est aujourd'hui saisie de l'affaire. Cet élément précis a pour effet, très certainement, de rendre la présente affaire exceptionnelle.

[46] La question de savoir si le demandeur sera exposé à un risque au Sri Lanka n'a pas été résolue par les parties et elle continue de créer un contexte contradictoire, mais ce n'est pas la question principale que la Cour doit trancher en l'espèce. Au contraire, la Cour doit décider si l'agent ERAR a violé les règles d'équité procédurale ou s'il a commis une autre erreur susceptible de contrôle. Il ne s'agit pas d'un appel contre la décision ERAR. La Cour n'a pas le droit de rendre la décision qui aurait dû être prise dès le début. Elle ne peut qu'ordonner un nouvel examen. D'ailleurs, la Cour n'est

Court is not invited to substitute its opinion on the issue of risk to that of the PRRA officer. It is not the Court's role to determine, whether in view of the changes in the country's conditions, the applicant was and continues to be at risk in Sri Lanka. This is purely a factual determination falling under the exclusive jurisdiction of the PRRA officer. Even if the Court would ultimately find the PRRA officer's conclusion in this regard to be capricious, arbitrary, unsupported by the evidence or otherwise unreasonable, this would not justify this Court reassessing the evidence and coming to a different conclusion. As already indicated, the Court can only set aside the decision and order that the matter be redetermined by a different PRRA officer.

[47] I am ready to accept that there may ultimately be, some collateral advantage to the applicant pursuing his judicial review application from outside Canada, but same does not directly result from the Court's determination that the PRRA officer made a reviewable error. There is no assurance, if the PRRA decision is set aside and the matter is returned for redetermination by a different PRRA officer, that the applicant's application for protection will indeed be accepted. The second PRRA decision could be the same. It is only where there is a positive reassessment of the risk that the applicant could then ask that authorization be granted to return in Canada and apply for permanent resident status, and this, provided that he satisfies all the other requirements mentioned in the IRPA and its Regulations. But this hypothetical advantage results in adding a supplementary burden to the judicial system and scarce resources already greatly in demand in immigration matters. Although this is apparently not the case here, in other instances, prior or parallel to a PRRA assessment, the Court may have had the occasion to examine the legality of the Board's decision to deny refugee protection or of the Minister's refusal to exempt an applicant from the requirements of the IRPA in situations where risk is also raised as an H&C ground.

[48] Finally, by ordering a PRRA officer to reconsider an application for protection after an applicant has been removed from Canada, I am not certain that in so doing,

pas invitée à substituer son opinion sur la question de risque à celle de l'agent ERAR. Il n'appartient pas à la Cour de décider si, compte tenu du changement de situation dans le pays, le demandeur était exposé à un risque au Sri Lanka et qu'il l'est toujours. Il s'agit d'une décision purement factuelle qui relève exclusivement de la compétence de l'agent ERAR. Même si la Cour décide, en fin de compte, que la conclusion de l'agent ERAR à cet égard était abusive, arbitraire, non fondée sur la preuve ou autrement déraisonnable, la Cour ne serait pas pour autant autorisée à réévaluer la preuve et à tirer une conclusion différente. Nous l'avons déjà dit, la Cour ne peut qu'annuler la décision et ordonner que la question soit renvoyée devant un agent ERAR différent pour nouvel examen.

[47] Je suis disposé à reconnaître qu'il pourrait y avoir d'autres avantages, pour le demandeur, de poursuivre sa demande de contrôle judiciaire de l'extérieur du Canada, mais cela ne découle pas directement de la décision de la Cour selon laquelle l'agent ERAR a commis une erreur susceptible de contrôle. Il n'est pas certain, si la décision ERAR est annulée et la question renvoyée devant un agent ERAR différent pour nouvel examen, que la demande de protection du demandeur sera accueillie. La deuxième décision ERAR pourrait être la même. Ce n'est que lorsqu'il y a une évaluation positive du risque que le demandeur peut alors demander l'autorisation de revenir au Canada et le statut de résident permanent et cela, à condition qu'il satisfasse toutefois à toutes les autres exigences prescrites par la LIPR et ses règlements d'application. Cependant, cet avantage hypothétique ne fait qu'ajouter au fardeau sur les ressources déjà insuffisantes et beaucoup sollicitées du système judiciaire en matière d'immigration. Ce ne serait pas le cas en l'espèce mais, dans d'autres instances, antérieures ou parallèles à une ERAR, la Cour aura peut-être déjà eu l'occasion d'examiner la légitimité d'une décision de la Commission de refuser la protection ou du refus du ministre d'exempter un demandeur des exigences de la LIPR lorsque le risque est également invoqué comme facteur dans une demande pour des raisons d'ordre humanitaire.

[48] Enfin, en ordonnant à l'agent ERAR d'examiner de nouveau une demande de protection lorsque le demandeur a été renvoyé du Canada, je ne suis pas

the Court would not be departing from its traditional role as the adjudicative branch in our political framework. In such a case, it could be said that a redetermination ordered by the Court amounts or comes very close to the establishment of a new category of persons in need of protection, persons removed from Canada who continue to claim outside Canada that they are at risk. I note that section 95 of the IRPA already defines and establishes the categories of “protected persons” to which refugee protection is conferred. In this regard, I note that under the IRP Regulations, a foreign national who is outside Canada already has the right to apply for a permanent resident visa as a member of the Convention refugees abroad class, the country of asylum class and the source country class (paragraph 70(2)(c) of the IRP Regulations). In these circumstances, it is not unreasonable to infer that refugee protection should be limited to persons outside Canada who fall under one of these categories.

[49] However, considering the rather unusual and exceptional situation in this case (resulting from the fact that leave was granted after stay was denied on the ground of the absence of a serious issue); considering the fact that both parties have insisted that the Court examine the merits of this case; and further considering that divergent opinions have been expressed on the issue of mootness leading to uncertainty in this area of the law in immigration matters, I have chosen to exercise my discretion to hear this case on its merits and decide this underlying judicial review application. This however, despite being of the opinion that: first, for the most part, the issues raised in same are moot; and second, the three criteria mentioned in *Borowski* (collateral legal consequences providing the necessary adversarial context; concern for judicial economy; sensitivity to the effectiveness or efficacy of judicial intervention) for exercising the Court’s discretion in a case of mootness, are not all met.

MERITS OF THE CASE

[50] The applicant essentially argues before this Court that the PRRA officer’s decision was unlawfully made since the PRRA officer failed to properly assess the risk

certain que, ce faisant, la Cour ne s’écarte pas de son rôle juridictionnel habituel dans notre système politique. Dans un tel cas, on pourrait dire que le nouvel examen ordonné par la Cour constitue presque la création d’une nouvelle catégorie de personne à protéger, à savoir les personnes renvoyées du Canada qui persistent à dire, de l’extérieur du Canada, qu’elles sont soumises à un risque. Je constate que l’article 95 de la LIPR établit déjà la catégorie de «personne à protéger» et qu’elle définit cette notion. À cet égard, je constate que, selon le RIPR, un étranger qui se trouve à l’extérieur du Canada a déjà le droit de demander un visa de résident permanent comme membre de la catégorie des réfugiés outre-frontières, la catégorie de personnes de pays d’accueil et la catégorie de personnes de pays source (alinéa 70(2)c) du RIPR). Dans ces circonstances, il n’est pas déraisonnable de conclure que la protection ne devrait être accordée qu’aux personnes hors frontières qui font partie de l’une ou de l’autre de ces catégories.

[49] Toutefois, vu la situation inhabituelle et exceptionnelle en la présente espèce (puisque l’autorisation a été accordée après le refus du sursis au motif d’absence de question sérieuse à trancher); vu que les deux parties ont insisté pour que la Cour examine l’affaire sur le fond; vu que des opinions divergentes ont été exprimées sur le point de savoir si le contrôle a perdu son objet et que cela crée une incertitude dans ce domaine du droit de l’immigration, j’ai décidé d’exercer mon pouvoir discrétionnaire pour entendre l’affaire sur le fond et pour trancher la demande principale de contrôle judiciaire. Je n’en estime pas moins, toutefois, que: premièrement, les questions soulevées en l’espèce sont, pour la plupart, théoriques; deuxièmement, il n’a pas été satisfait aux trois critères de l’arrêt *Borowski* (conséquences juridiques accessoires défavorables dans le contexte d’un cadre réellement contradictoire; préoccupations concernant l’économie des ressources judiciaires; sensibilité à l’efficacité de l’intervention judiciaire) relatifs à l’exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour en cas de question théorique.

FOND DU LITIGE

[50] Le demandeur prétend, pour l’essentiel, que la décision de l’agent ERAR a été prise contrairement à la loi puisque l’agent ERAR n’a pas régulièrement apprécié

of the applicant at the hands of the LTTE, and failed to take into account relevant evidence submitted by the applicant when he found that there was protection available to the applicant in Sri Lanka. Subject to the additional observations and reasons made in the following paragraphs, I accept the respondent's written arguments that no reviewable error has been made by the PRRA officer and that the applicant is simply seeking a re-weighing of the evidence.

[51] In my opinion, in applying the pragmatic and functional approach, where the impugned PRRA decision is considered globally and as a whole, the applicable standard of review should be reasonableness *simpliciter* (*Shahi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 1826 (T.D.) (QL), at paragraph 13; *Zolotareva v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 241 F.T.R. 289 (F.C.), at paragraph 24; *Sidhu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 39, at paragraph 7). That being said, where a particular finding of fact is made by the PRRA officer, the Court should not substitute its decision to that of the PRRA officer unless it is demonstrated by the applicant that such finding of fact was made in a perverse or capricious manner or without regard to the material before the PRRA officer (paragraph 18.1(4)(d) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*; *Harb v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 238 F.T.R. 194 (F.C.A.), at paragraph 14).

[52] It is important to underline the fact that the PRRA process is not an appeal of the Board's decision, but rather is intended to be an assessment based on new facts or evidence which demonstrates that the person at issue is now at risk of persecution, risk of torture, risk to life, or risk of cruel and unusual treatment or punishment. In short, the purpose of the PRRA application is not to reargue the facts which were originally before the Board or to do indirectly what cannot be done directly—i.e. contest the findings of the Board. The Court notes, in this regard, that pursuant to paragraph 113(a) of the IRPA, "new evidence" is evidence that arose after the rejection of the refugee claim or was not reasonably

le risque, pour le demandeur, de tomber entre les mains des TLET et qu'il n'a pas tenu compte d'une preuve pertinente produite par le demandeur lorsqu'il a conclu que le demandeur pouvait se prévaloir de la protection de l'État sri-lankais. Sous réserve des observations supplémentaires et des motifs invoqués dans les paragraphes suivants, j'accepte les arguments écrits du défendeur selon lesquels l'agent ERAR n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle et que le demandeur sollicite tout simplement une nouvelle appréciation de la preuve.

[51] À mon avis, en appliquant l'approche pragmatique et fonctionnelle, lorsque la décision ERAR contestée est examinée dans sa totalité, la norme de contrôle applicable devrait être celle de la décision raisonnable *simpliciter* (*Shahi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 1826 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 13; *Zolotareva c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2003), 241 F.T.R. 289 (C.F.), au paragraphe 24; *Sidhu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 39, au paragraphe 7). Cela dit, lorsque l'agent ERAR tire une conclusion de fait, la Cour ne devrait pas substituer sa décision à celle de l'agent ERAR sauf si le demandeur a établi que l'agent a tiré la conclusion de fait d'une manière abusive ou arbitraire et sans égard aux éléments de preuve dont il était saisi (alinéa 18.1(4)d) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*; *Harb c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2003), 238 F.T.R. 194 (C.A.F.), au paragraphe 14).

[52] Il faut souligner que le processus ERAR n'est pas un appel contre la décision de la Commission; il s'agit plutôt d'une évaluation fondée sur des faits nouveaux ou une nouvelle preuve qui révèlent que la personne en cause est exposée au risque d'être persécutée, d'être soumise à la torture, à une menace à sa vie ou au risque de peines ou traitements cruels et inusités. Bref, la demande ERAR n'a pas pour objet un nouvel examen des faits qui avaient été soumis à la Commission ou de faire indirectement ce qui ne peut être fait directement, à savoir contester les conclusions de la Commission. La Cour note, à cet égard, que conformément à l'alinéa 113a) de la LIPR, une «nouvelle preuve» est constituée

available at that time, or that the applicant could not have reasonably been expected to have presented in the circumstances. In the case at bar, the PRRA officer's determination of "changed circumstances" is essentially an issue for factual determination (*Yusuf v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1995), 179 N.R. 11 (F.C.A.); *Joseph v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 248 F.T.R. 105 (F.C.)).

[53] The PRRA officer's decision was based on the following specific reasons at pages 3 and 4:

Sri Lanka is a democratic republic that has seen violent conflict between its Tamil minority and Sinhalese majority for many years. According to DOS, the government has fought the LTTE, a terrorist organisation fighting for a Tamil state, since 1983. In December 2001, however, cease fires were announced by both sides and the peace talks are ongoing. While I do acknowledge that active negotiations have been stalled for some time, the documentary evidence does indicate that observers have hope for a lasting peace and permanent solution to the ethnic conflict.

...

The current documentary evidence indicates that the Sri Lankan government generally respects human rights. "In a press release dated June 29, 2002, Amnesty International, having just ended a two-week visit to the country, stated that the ongoing cease-fire agreement had made a significant impact in reducing human rights abuse in Sri Lanka." (IND July 2003 Operational Guidance Note)

The 23 February 2002 agreement between the Sri Lankan government and the LTTE requires both parties to abstain from hostile acts against the civilian population, including acts of torture, intimidation, abduction, extortion and harassment. The parties also agreed that search operations and arrests under the Prevention of Terrorism Act (PTA) should not be made. During 2002, more than 750 Tamils held under the PTA had their cases dropped and were released, and no new arrests under the PTA occurred. Further improvements associated with the peace process included: the removal of most barriers, barricades and checkpoints in Colombo, meaning that residents were free

d'éléments de preuve survenus depuis le rejet ou qui n'étaient alors pas normalement accessibles ou, s'ils l'étaient, qu'il n'était pas raisonnable, dans les circonstances, de s'attendre à ce que le demandeur d'asile les ait présentés au moment du rejet». En l'espèce, la décision de l'agent ERAR relativement au changement de circonstances est, pour l'essentiel, une décision fondée sur les faits (*Yusuf c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1995), 179 N.R. 11 (C.A.F.); *Joseph c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2004), 248 F.T.R. 105 (C.F.)).

[53] La décision de l'agent ERAR était fondée sur les motifs précis suivants décrits aux pages 3 et 4:

[TRADUCTION] Le Sri Lanka est une république démocratique où la minorité tamoule et la majorité cinghalaise s'affrontent violemment depuis plusieurs années. Selon le Département d'État, le gouvernement a combattu les TLET, une organisation terroriste qui souhaite la création d'un État tamoul, depuis 1983. En décembre 2001, toutefois, les deux belligérants ont annoncé un cessez-le-feu et les pourparlers de paix se poursuivent. Je reconnais que les négociations sont au point fixe depuis quelque temps, mais la preuve documentaire révèle bien que les observateurs espèrent que le conflit ethnique sera résolu par une paix durable et une solution permanente.

[. . .]

La preuve documentaire indique que le gouvernement sri-lankais respecte, en règle générale, les droits de la personne. [TRADUCTION] «Dans un communiqué de presse publié le 29 juin 2002, Amnesty internationale, qui venait tout juste d'effectuer une visite de deux semaines dans ce pays, a annoncé que l'accord de cessez-le-feu avait permis une importante diminution du nombre de violations des droits humains au Sri Lanka». (Immigration and Nationalité Directorate (IND) juillet 2003, Operational Guidance Note)

[TRADUCTION] L'accord conclu le 23 février 2002 entre le gouvernement du Sri Lanka et les TLET exige que les deux parties s'abstiennent de commettre des actes d'hostilité contre la population civile, notamment la torture, l'intimidation, les enlèvements, l'extorsion et le harcèlement. Les parties conviennent également que les activités de perquisition et d'arrestation prévues par la Loi sur la prévention du terrorisme (LPT) ne devraient pas avoir lieu. Au cours de 2002, les autorités ont renoncé à poursuivre plus de 750 Tamouls détenus en vertu de cette loi qui ont été relâchés et il n'y a eu aucune nouvelle arrestation en vertu de la LPT. D'autres améliorations

to move around unimpeded; and easing of travel restrictions between the north and south of the country including the opening of the strategic A9 highway; and the opening of LTTE political offices in government-held areas (under the terms of the cease-fire agreement LTTE members are able to engage in political activity in areas outside their control provided they are unarmed and out of military-style uniforms). In 21 April 2003 the LTTE suspended participation in the peace talks in protest at the handling of "critical issues", but said that they had no intention of breaking the cease-fire. Some breaches of the cease-fire agreement have occurred and there are reports that the LTTE continues to recruit child soldiers. (*Ibid.*)

The applicant left Sri Lanka in 1999 after being detained by both the LTTE and the Sri Lankan army. The applicant does not indicate that he is a supporter of the LTTE: he was detained by them after they commandeered his fishing boat. The Sri Lankan authorities detained him in order to question him about his involvement with the LTTE. He was released and required to report weekly. Notwithstanding these difficulties, I find that the country conditions have changed dramatically since the applicant was last in Sri Lanka. The applicant provides insufficient objectively identifiable evidence of his current risk. The documentary evidence does not indicate that ordinary Tamils are targeted for persecution. The applicant does not indicate that he is a political activist or a dissident and he does not indicate that he was anything other than a fisherman.

Counsel asserts that the country conditions are volatile and unstable. The current documentary evidence, however, does not indicate that the cease-fire is being seriously violated or that a peaceful settlement is not achievable. In fact, according to a UNHCR Country Operations Plan for 2004, "the opening of key roads in the North, coupled with eased restrictions on the movement of people and goods, have created a positive environment and enhanced the prospects for peace. The growing confidence in the peace process amongst the general population of Sri Lanka was demonstrated by the continuous spontaneous movement of IDPs [internally displaced persons] and refugee returnees to areas in the North and East of Sri Lanka. Between January 2002 and July 2003, 312,000 persons returned".

While I acknowledge the current political power struggle between the Sri Lankan President and Prime Minister, there

associées au processus de paix comprennent le retrait de la plupart des barrières, barricades et postes de contrôle à Colombo, ce qui veut dire que les résidents pouvaient circuler sans restriction; la mise en place de restrictions de voyage moins sévères entre le Nord et le Sud du pays, notamment l'ouverture de la route stratégique, la A9 et l'ouverture des bureaux politiques des TLET dans les zones sous le contrôle du gouvernement (selon les modalités de l'entente de cessez-le-feu, les membres des TLET peuvent participer à des activités politiques dans des régions qui se trouvent en dehors de leur contrôle à condition de ne pas être armés et de ne pas porter l'uniforme militaire). Le 21 avril 2003, les TLET ont suspendu leur participation aux pourparlers de paix pour protester contre le traitement de «questions essentielles», mais ils ont dit qu'ils n'avaient pas l'intention de violer le cessez-le-feu. Il y a eu quelques manquements à l'accord de cessez-le-feu et il a été rapporté que les TLET continuent de recruter des enfants soldats. (*ibid.*)

Le demandeur a quitté le Sri Lanka en 1999 après avoir été détenu tant par les TLET que par l'armée sri-lankaise. Le demandeur ne mentionne pas qu'il appuie les TLET; il a été détenu par les TLET après qu'ils eurent saisi son bateau de pêche. Les autorités sri-lankaises l'ont détenu pour l'interroger au sujet de son soutien des TLET. Il a été libéré et devait se présenter chaque semaine. Malgré ces difficultés, j'estime que la situation a beaucoup changé depuis que le demandeur a quitté le Sri Lanka. Le demandeur n'a pas produit une preuve objective suffisante et identifiable du risque actuel. La preuve documentaire ne révèle pas que les Tamouls ordinaires sont persécutés. Le demandeur ne dit pas qu'il est un activiste politique ou un dissident. Il affirme uniquement qu'il était pêcheur.

L'avocat prétend que la situation est très volatile et instable au Sri Lanka. La preuve documentaire courante toutefois n'indique pas que le cessez-le-feu soit gravement compromis ou qu'un règlement pacifique ne soit pas possible. En fait, selon le Plan d'opérations par pays du Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés de 2004, [TRADUCTION] «l'ouverture des principales routes du Nord, ainsi que les restrictions moins sévères au déplacement des personnes et des biens ont créé un environnement positif et amélioré la possibilité de paix. La confiance grandissante à l'égard du processus de paix parmi la population générale du Sri Lanka s'est manifestée par le mouvement spontané et continu des PDIP [personnes déplacées à l'intérieur du territoire] et des réfugiés qui reviennent dans les régions du Nord et de l'Est du Sri Lanka. Entre janvier 2002 et juillet 2003, 312 000 personnes sont revenues».

Je reconnais que la lutte de pouvoir politique entre le président et le premier ministre du Sri Lanka existe, mais il n'y a pas eu

has not been a violation of the cease-fire agreement between the Government and the LTTE. A November 14, 2003 BBC News interview quotes the Norwegian Deputy Foreign Minister: “The peace process, by itself, is in a fundamentally good shape”. The Norwegians have played a large role in monitoring the cease-fire agreement. The documentary evidence does indicate that people who are in need of assistance for various reasons, including being targeted for persistent extortion by the LTTE can seek help from the Norwegian forces in Sri Lanka. The evidence indicates that there is assistance available from a variety of sources, including the Committee to Inquire into Undue Arrest and Harassment (CIUAH) and the Sri Lankan Monitoring Mission (SLMM). The SLMM will investigate complaints made by citizens:

[54] In the case at bar, the Court concludes that the PRRA decision is not reviewable. There is no error of law or breach of a rule of procedural fairness. Clearly, the PRRA officer did not base his decision on an erroneous finding of fact that was made in a perverse or capricious manner or without regard to the material before him. Moreover, the general conclusion reached by the PRRA officer is reasonable, is supported by the documentary evidence on record and can stand up to a probing examination. In considering the evidence on record, the PRRA officer assessed the applicant’s case, the situation in Sri Lanka and established a risk assessment analysis in connection with the removal of the applicant. The PRRA officer relied upon various public documents in order to reach his decision. For example, the PRRA officer relied upon the U.S. Department of State *Country Reports on Human Rights Practices—2002, Sri Lanka*, to conclude that since the cease-fire, there has been a sharp reduction in roadblocks and checkpoints around the country, that approximately 220,000 internally displaced persons have returned to their points of origin in the north and east and that numerous investigations were commenced in connection with the questionable actions by the security force personnel. Furthermore, the PRRA officer relied upon the U.K. *Asylum and Appeals Policy Directorate Operational Guidance Notes—Sri Lanka*, July 23, 2003, to conclude that human rights were generally respected by both the Sri Lankan authorities and the LTTE. Moreover, the PRRA officer relied upon various public reports, cited at the end of his decision, to conclude that the people who are in need of assistance for various reasons can seek help from the Norwegian forces in Sri Lanka.

de violation de l’accord de cessez-le-feu entre le gouvernement et les TLET. Une entrevue effectuée par la BBC le 14 novembre 2003 cite ces paroles du sous-ministre des Affaires étrangères de Norvège: [TRADUCTION]: «le processus de paix, en soi, se porte bien». Les Norvégiens ont joué un rôle important dans la surveillance de l’accord de cessez-le-feu. La preuve documentaire révèle que les personnes qui ont besoin d’aide, pour diverses raisons, notamment parce qu’elles sont ciblées par les TLET à des fins d’extorsion, peuvent demander l’aide des forces norvégiennes au Sri Lanka. La preuve révèle qu’il y a de l’aide de diverses sources, notamment le comité d’enquête sur les arrestations et le harcèlement indus et la mission sri-lankaise de surveillance. La mission fera enquête sur les plaintes des citoyens:

[54] En l’espèce, la Cour conclut que la décision ERAR n’est pas susceptible de contrôle. Il n’y a ni erreur de droit ni déni d’équité procédurale. Il est clair que l’agent ERAR n’a pas fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée tirée de manière abusive ou arbitraire et au mépris des éléments de preuve dont il était saisi. En outre, la conclusion générale tirée par l’agent ERAR est raisonnable, est appuyée par la preuve documentaire au dossier et est étayée par des motifs capables de résister à un examen assez poussé. En examinant la preuve au dossier, l’agent ERAR a évalué la situation du demandeur, celle au Sri Lanka et il a effectué l’analyse des risques relativement au renvoi du demandeur. L’agent ERAR s’est fondé sur divers documents publics pour prendre sa décision. Par exemple, il s’est fondé sur les *Country Reports on Human Rights Practices—2002, Sri Lanka*, du Département d’État américain pour conclure que, depuis le cessez-le-feu, il y a eu une diminution importante des barrages routiers et des points de contrôle au pays, qu’environ 220 000 personnes déplacées sont revenues à leur lieu d’origine dans le Nord et dans l’Est et que de nombreuses enquêtes ont été effectuées sur les actes suspects perpétrés par les forces de l’ordre. En outre, l’agent ERAR s’est fondé sur les *Asylum and Appeals Policy Directorate Operational Guidance Notes—Sri Lanka*, publiées par le R.-U., le 23 juillet 2003, pour conclure que les droits de la personne étaient, en règle générale, respectés tant par les autorités sri-lankaises que par les TLET. En outre, l’agent ERAR s’est fondé sur divers rapports publics, cités à la fin de sa décision, pour conclure que les personnes qui avaient besoin d’aide pour diverses raisons pouvaient faire appel aux forces norvégiennes au Sri Lanka.

[55] As for the applicant's argument in connection with the alleged PRRA officer's error of not assessing the risk of the applicant at the hands of the LTTE, I find that it is unfounded. A simple examination of the PRRA decision allows me to say that the PRRA officer considered the risk of the applicant at the hands of the LTTE. In fact, the PRRA officer clearly demonstrated in the resumé of facts that he understood that the applicant was worried about both sides, the Sri Lankan authorities and the LTTE. Furthermore, the PRRA officer did comment on the general situation in Sri Lanka at pages 3 and 4 of his decision. These comments were clearly involving both the Sri Lankan authorities and the LTTE since they were referring to the consequences of the conflict involving both sides. In other words, the PRRA officer made his decision after analysing the conflict between the two sides which necessarily means that he assessed the risk to the applicant at the hands of both sides. Moreover, the PRRA officer referred to various public documents which indicate that both the Sri Lankan authorities and the LTTE were abstaining from hostile acts against the civilian population. Therefore, the present case is different from *Fabian v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 244 F.T.R. 223 (F.C.) which is invoked by the applicant. In *Fabian*, the PRRA decision was problematic because it stated categorically that "there is no evidence that the LTTE has issued a death threat against Mr. Fabian." From the applicant's perspective, this conclusion was patently unreasonable because it overlooks evidence that the applicant introduced concerning the said threats and provided no explanation as to why that evidence was not accepted. Clearly, considering the above comments, this is not the case here.

[56] Moreover, I find that the PRRA officer carefully considered the potential risk to the applicant. In his decision, he clearly understood and referred to each of the applicant's allegations of risk. He also analysed the general country's conditions, taking into account all of the public documents mentioned above. A review of the decision establishes that the PRRA officer did not ignore the "contrary evidence." On this matter, it has been held by this Court that, although a decision maker in the immigration process is not required to refer to each piece of evidence that was before him, when there is evidence which directly contradicts their findings, that contrary

[55] Quant à l'argument du demandeur portant sur l'erreur qu'aurait commise l'agent ERAR en omettant d'apprécier le risque pour le demandeur de tomber entre les mains des TLET, j'estime qu'il n'est pas fondé. Un simple examen de la décision ERAR permet de dire que l'agent ERAR en a tenu compte. En fait, l'agent ERAR a clairement indiqué, dans le résumé des faits, qu'il avait compris que le demandeur craignait les deux adversaires, les autorités sri-lankaises et les TLET. En outre, l'agent ERAR a bien mentionné la situation générale au Sri Lanka aux pages 3 et 4 de sa décision. Ces commentaires visaient clairement tant les autorités sri-lankaises que les TLET puisqu'ils mentionnent les conséquences du conflit entre les deux. En d'autres termes, l'agent ERAR a pris sa décision après avoir analysé le conflit entre les deux factions ce qui veut nécessairement dire qu'il a évalué le risque que représentaient les deux côtés pour le demandeur. En sus, l'agent ERAR a mentionné les divers documents publics qui indiquent que tant les autorités sri-lankaises que les TLET ne s'en prennent pas à la population civile. En outre, la présente affaire se distingue de *Fabian c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2003), 244 F.T.R. 223 (C.F.) invoqué par le demandeur. Dans *Fabian*, la décision ERAR soulevait un problème parce qu'elle affirmait catégoriquement: [TRADUCTION] «Il n'existe aucune preuve que les TLET ont rendu un arrêt de mort contre M. Fabian». Du point de vue du demandeur, cette conclusion était manifestement déraisonnable puisqu'elle ne tenait pas compte de la preuve produite par le demandeur concernant lesdites menaces et n'expliquait pas pourquoi l'agent avait rejeté cette preuve. Il est clair que, eu égard aux commentaires ci-dessus, ce n'est pas ce qui s'est produit en l'espèce.

[56] En outre, je conclus que l'agent ERAR a soigneusement examiné le risque potentiel pour le demandeur. Dans sa décision, il a bien compris et mentionné chacune des allégations de risque du demandeur. Il a également analysé la situation générale du pays en tenant compte de tous les documents publics susmentionnés. Un examen de la décision établit que l'agent ERAR a tenu compte de la «preuve contraire». Sur cette question, la Cour a décidé que, même si un décideur du processus d'immigration n'est pas tenu de mentionner tous les éléments de preuve qui ont été produits, lorsqu'une preuve contredit directement ses

evidence must at least be acknowledged (*Zheng v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 27 Imm. L.R. (2d) 101 (F.C.T.D.), at paragraph 13). Read in its totality, the PRRA decision demonstrates that the PRRA officer was aware of and considered the contradictory evidence; a failure to list, line-by-line, the various statements buried in the documentary evidence that would support the position of the applicant is not an error. (*Thavachelvam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1604.) In the case at bar, the PRRA officer considered the applicant's evidence when he assessed the risk of the applicant at the hands of the LTTE and concluded that there was insufficient objectively identifiable evidence to support a finding that the LTTE would still be interested in the applicant, an ordinary Tamil and fisherman, for incidents that occurred before the cease-fire. Therefore, I find that the applicant's argument in connection with his fear of torture at the hands of the LTTE has been specifically addressed within the PRRA officer's decision.

[57] As for the applicant's allegation on the matter of state protection, it is well established that the PRRA officer must weigh the evidence in connection with the state of origin of the applicants (*Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Malgorzata* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 262 (F.C.A.)). The PRRA officer can, in order to make his decision, look at all the evidence with respect to the State's efforts to protect the Sikhs. The Supreme Court of Canada has stated in *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, at pages 724-725:

... however, clear and convincing confirmation of a state's inability to protect must be provided. For example, a claimant might advance testimony of similarly situated individuals let down by the state protection arrangement or the claimant's testimony of past personal incidents in which state protection did not materialize. Absent some evidence, the claim should fail, as nations should be presumed capable of protecting their citizens. Security of nationals is, after all, the essence of sovereignty.

[58] In the case at bar, this Court finds that the applicant did not succeed in proving the Sri Lankan

conclusions, il faut à tout le moins qu'il mentionne cette preuve (*Zheng c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 27 Imm. L.R. (2d) 101 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 13). Lue dans son ensemble, la décision ERAR révèle que l'agent ERAR connaissait la preuve contradictoire et qu'il l'avait prise en compte; l'omission de décrire, une à une, les diverses déclarations enfouies dans la preuve documentaire susceptibles d'appuyer les arguments du demandeur n'est pas une erreur. (*Thavachelvam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1604.) En l'espèce, l'agent ERAR a examiné la preuve produite par le demandeur lorsqu'il a apprécié le risque, pour le demandeur, de tomber entre les mains des TLET et il a conclu que la preuve objective connue était insuffisante pour conclure que les TLET s'intéressaient toujours au demandeur, un Tamoul et pêcheur ordinaire, à cause d'événements qui s'étaient produits avant le cessez-le-feu. Par conséquent, je conclus que l'agent a tenu compte de l'argument du demandeur concernant sa crainte d'être torturé par les TLET.

[57] Quant à l'allégation du demandeur relative à la protection de l'État, il est bien établi que l'agent ERAR doit peser toute la preuve par rapport à l'État d'origine des demandeurs (*Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Malgorzata* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 262 (C.A.F.)). L'agent ERAR peut, pour prendre sa décision, examiner toute la preuve concernant les moyens pris par l'État pour protéger les Sikhs. La Cour suprême du Canada a dit dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, aux pages 724 et 725:

Toutefois, en l'absence de pareil aveu, il faut confirmer d'une façon claire et convaincante l'incapacité de l'État d'assurer la protection. Par exemple, un demandeur pourrait présenter le témoignage de personnes qui sont dans une situation semblable à la sienne et que les dispositions prises par l'État pour les protéger n'ont pas aidées, ou son propre témoignage au sujet d'incidents personnels antérieurs au cours desquels la protection de l'État ne s'est pas concrétisée. En l'absence d'une preuve quelconque, la revendication devrait échouer, car il y a lieu de présumer que les nations sont capables de protéger leurs citoyens. La sécurité des ressortissants constitue, après tout, l'essence de la souveraineté.

[58] En l'espèce, la Cour conclut que le demandeur n'a pas prouvé que l'État sri-lankais ne pouvait pas le

State's inability to protect him. Moreover, the applicant did not even prove that he was a supporter of the LTTE. In fact, he simply did not establish that he was actively searched for by the Sri Lankan authorities nor the LTTE. Clearly, the PRRA officer was entitled to consider the fact that the applicant is not involved in political or militant activity. Furthermore, according to all the recent public reports mentioned in the PRRA decision, the situation in Sri Lanka is stable for the population including ordinary Tamils. In short, the PRRA officer concluded that the situation in Sri Lanka has changed since the applicant's departure from Sri Lanka and that his return to Sri Lanka would not pose a risk to his safety since he is only an ordinary Tamil. This conclusion made by the PRRA officer is a factual determination. In my opinion, the PRRA officer determination is reasonable and is in accordance with case law (*Ward*). Therefore, there is no reason for the Court to intervene on this issue.

[59] In conclusion, the applicant did not succeed in proving that he was a high profile person. He simply did not prove that his particular situation was different from the normal situation in Sri Lanka with respect to ordinary Tamils which is described in the public documents. Therefore, this Court finds that the PRRA officer's decision to reject the applicant's allegations with respect to the risk of torture by both the Sri Lankan authorities and the LTTE in the event of his return to Sri Lanka was clearly based on relevant evidence and is reasonable. Consequently, even if this Court had weighed the evidence differently, it cannot intervene since the PRRA officer's decision is based on relevant evidence submitted before him (*Linaogo v. Canada (Solicitor General)*, 2004 FC 335).

[60] The applicant has proposed the following two questions for certification:

- 1) Is an application for judicial review of a PRRA officer's decision moot after an individual has been removed from Canada?
- 2) Does the Court have the power, pursuant to section 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 and/or its inherent jurisdiction, to order the Minister to

protéger. En outre, le demandeur n'a même pas établi qu'il était un partisan des TLET. En fait, il n'a tout simplement pas démontré que les autorités sri-lankaises ou les TLET le recherchaient activement. Bien entendu, l'agent ERAR pouvait tenir compte du fait que le demandeur n'avait participé à aucune activité politique ou militante. De surcroît, selon tous les rapports récents mentionnés dans la décision ERAR, la situation au Sri Lanka est stable pour toute la population, y compris les Tamouls. Bref, l'agent ERAR a conclu que la situation avait changé au Sri Lanka depuis le départ du demandeur de ce pays et que son retour ne l'exposerait pas à un risque puisqu'il n'était qu'un Tamoul ordinaire. La conclusion de l'agent ERAR est fondée sur les faits. À mon avis, la décision de l'agent ERAR est raisonnable et conforme à la jurisprudence (*Ward*). Il n'y a donc aucune raison pour que la Cour intervienne sur cette question.

[59] Somme toute, le demandeur n'a pas réussi à établir qu'il était une personne importante. Il n'a tout simplement pas démontré que sa situation était différente de la situation normale au Sri Lanka telle que décrite dans les documents publics relativement aux Tamouls ordinaires. Par conséquent, la Cour conclut que la décision de l'agent ERAR de rejeter les allégations du demandeur concernant le risque d'être soumis à la torture, tant par les autorités sri-lankaises que par les TLET, s'il devait retourner au Sri Lanka, était fondée sur une preuve pertinente et est raisonnable. Ainsi donc, même si la Cour appréciait différemment les éléments de preuve, elle ne pourrait intervenir puisque la décision de l'agent ERAR est fondée sur une preuve pertinente qui lui a été soumise (*Linaogo c. Canada (Solliciteur général)*, 2004 CF 335).

[60] Le demandeur propose les questions suivantes à des fins de certification:

- 1) Une demande de contrôle judiciaire de la décision d'un agent ERAR est-elle sans objet lorsqu'une personne a été renvoyée du Canada?
- 2) La Cour a-t-elle compétence, en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 ou de sa compétence inhérente, pour ordonner au

return an individual to Canada for the redetermination of a PRRA?

[61] In order to be certified, a question must be one which, in the opinion of the applications Judge, transcends the interests of the immediate parties to the litigation and contemplates issues of broad significance or general application but it must also be one that is determinative of the appeal (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Liyanagamage* (1994), 176 N.R. (F.C.A.)). While there is some uncertainty in the case law with respect to the issues of mootness and available remedies in cases where an individual has been removed from Canada, I am not prepared to certify the proposed questions. In my view, the answers would not be determinative of this case, for I have already concluded that the PRRA officer has made no reviewable error in rejecting the applicant's application for protection.

ORDER

This Court orders that this application for judicial review be dismissed. No question of general importance shall be certified.

ministre de ramener une personne au Canada pour réexamen d'une ERAR?

[61] Pour être certifiée, une question doit être de nature telle que, de l'avis du juge, elle transcende les intérêts des parties au litige, aborde des éléments ayant des conséquences importantes ou qui sont de portée générale et est aussi déterminante quant à l'issue de l'appel (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Liyanagamage* (1994), 176 N.R. 4 (C.A.F.)). La jurisprudence concernant les décisions sans objet et les réparations possibles lorsqu'une personne a été renvoyée du Canada est incertaine, mais je ne suis néanmoins pas disposé à certifier les questions proposées. À mon avis, les réponses ne seraient pas déterminantes en l'espèce puisque j'ai déjà conclu que l'agent ERAR n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle en rejetant la demande de protection du demandeur.

ORDONNANCE

La Cour ordonne que la présente demande de contrôle judiciaire soit rejetée. Aucune question de portée générale n'est certifiée.

IMM-201-05
2005 FC 902

IMM-201-05
2005 CF 902

Ahmad Hassanzadeh (*Applicant*)

Ahmad Hassanzadeh (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

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

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

Federal Court, Mosley J.—Vancouver, June 14; Ottawa, June 24, 2005.

Cour fédérale, juge Mosley—Vancouver, 14 juin; Ottawa, 24 juin 2005.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Division's refusal to adjourn admissibility hearing pending applicant's Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 34(2) ministerial relief application — Applicant unsuccessful refugee claimant whose subsequent permanent residence application on humanitarian, compassionate grounds approved in principle in 1997 — Now subject of report alleging inadmissibility on grounds of national security under IRPA, s. 34(1)(f) — Applicant filing request for ministerial relief, seeking adjournment of admissibility hearing pending outcome of request — Contrary to former Immigration Act, no restriction in statutory language as to when Minister's discretion can be exercised — In most instances, preferable evidence presented, fact-finding conducted by Board before discretionary relief application considered — Application dismissed.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Contrôle judiciaire du refus de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié d'ajourner l'enquête sur l'interdiction de territoire en attendant l'issue de la demande de dispense dont le demandeur avait saisi le ministre en vertu de l'art. 34(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la LIPR) — Le demandeur, dont la demande d'asile avait été rejetée, avait présenté en 1997 une demande de résidence permanente fondée sur des raisons d'ordre humanitaire qui avait été approuvée en principe — Il fait maintenant l'objet d'un rapport selon lequel il devrait être interdit de territoire pour raison de sécurité nationale en vertu de l'art. 34(1)f) de la LIPR — Le demandeur a saisi le ministre d'une demande de dispense et a réclamé l'ajournement de l'enquête portant sur son interdiction de territoire en attendant l'issue de sa demande de dispense — Contrairement à l'ancienne Loi sur l'immigration, on ne trouve pas dans la LIPR de restriction quant au moment où le ministre peut exercer son pouvoir discrétionnaire — Dans la plupart des cas, il est préférable que la preuve soit présentée et que la Commission constate les faits avant que le ministre ne se penche sur la demande de dispense discrétionnaire — Demande rejetée.

This was an application for judicial review of the refusal by the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board to adjourn the applicant's admissibility hearing pending the outcome of his application for ministerial relief.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire du refus de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié d'ajourner l'enquête portant sur l'interdiction de territoire du demandeur en attendant l'issue de la demande de dispense dont il avait saisi le ministre.

In 1997 the applicant, an Iranian citizen whose refugee claim had been dismissed in 1993, submitted an application for permanent residence on humanitarian and compassionate grounds, which was approved in principle but has yet to be completed. In 2004, the respondent issued a report alleging that the applicant was inadmissible on grounds of national

En 1997, le demandeur, un citoyen iranien dont la demande d'asile avait été rejetée en 1993, a présenté une demande de résidence permanente fondée sur des raisons d'ordre humanitaire qui a été approuvée en principe mais qui n'est pas encore réglée. En 2004, le défendeur a établi un rapport estimant que le demandeur était interdit de territoire pour

security under paragraph 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA). An admissibility hearing was scheduled, and the applicant filed the above-mentioned request for relief under subsection 34(2). The issue was whether the Board had the jurisdiction to refuse to adjourn the admissibility hearing proceedings.

Held, the application should be dismissed.

Unlike the former *Immigration Act*, language indicating that Parliament intended that the Minister's exemption decision should be made prior to a determination by the Board as to inadmissibility does not appear in section 34 of IRPA. This conclusion is supported by *Poshteh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, in which the F.C.A. held that there is no longer any restriction in the statutory language as to when the Minister's discretion can be exercised. Although there may be exceptional reasons for seeking an exemption prior to an inadmissibility decision, in most instances, it would be preferable for the evidence to be presented and the fact-finding to be conducted by the Board before the Minister considers an application for discretionary relief.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1)(f) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11), 27(2.1) (as enacted *idem*, s. 16), (4) (as am. *idem*).
- Immigration Act*, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 27(3), 37(1)(b).
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 34, 44, 48.
- Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 209.
- Immigration Regulations, Part I*, SOR/62-36, s. 3D (as enacted by SOR/73-20, s. 2), 3G (as enacted *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Poshteh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2005), 332 N.R. 374; 2005 FCA 121.

CONSIDERED:

Ramawad v. Minister of Manpower and Immigration, [1978] 2 S.C.R. 375; (1997), 81 D.L.R. (3d) 687; 18 N.R. 69; *Qi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57 (F.C.T.D.);

raison de sécurité nationale prévue à l'alinéa 34(1)f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR). Une enquête portant sur l'interdiction de territoire a été fixée et le demandeur a présenté la demande de dispense susmentionnée en vertu du paragraphe 34(2). La question en litige est celle de savoir si la Commission était compétente pour refuser d'ajourner l'enquête portant sur l'interdiction de territoire.

Jugement: la demande doit être rejetée.

Contrairement à l'ancienne *Loi sur l'immigration*, on ne trouve pas à l'article 34 de la LIPR une formulation indiquant que le législateur fédéral voulait que la décision du ministre sur la dispense soit prise avant que la Commission ne se prononce sur l'interdiction de territoire. Cette conclusion trouve appui dans l'arrêt *Poshteh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, dans lequel la C.A.F. a statué qu'il n'y a plus de restriction dans le libellé de la loi quant au moment où le ministre peut exercer son pouvoir discrétionnaire. Bien qu'il puisse y avoir, dans des cas exceptionnels, des raisons de réclamer une dispense avant qu'une décision ne soit prise au sujet de l'interdiction de territoire, dans la plupart des cas, il est préférable que la preuve soit présentée et que la Commission constate les faits avant que le ministre ne se penche sur la demande de dispense discrétionnaire.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)(f) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), 27(2.1) (édicte, *idem*, art. 16), (4) (mod., *idem*).
- Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52, art. 27(3), 37(1)(b).
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 34, 44, 48.
- Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 209.
- Règlement sur l'immigration, Partie I*, DORS/62-36, art. 3D (édicte par DORS/73-20, art. 2), 3G (édicte, *idem*).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Poshteh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (2005), 332 N.R. 374; 2005 CAF 121.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Ramawad c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration, [1978] 2 R.C.S. 375; (1997), 81 D.L.R. (3d) 687; 18 N.R. 69; *Qi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R.

Prassad v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1989] 1 S.C.R. 560; (1989), 57 D.L.R. (4th) 663; [1989] 3 W.W.R. 289; 36 Admin. L.R. 72; 7 Imm. L.R. (2d) 253; 93 N.R. 81; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Adam*, [2001] 2 F.C. 337; (2001), 196 D.L.R. (4th) 495; 11 Imm. L.R. (3d) 296; 266 N.R. 92 (C.A.); *Ali v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 1 F.C.R. 485; (2004), 42 Imm. L.R. (3d) 237; 2004 FC 1174.

REFERRED TO:

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Poshteh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 331 N.R. 129; 2005 FCA 85; *Davies v. Canada (Attorney General)* (2005), 330 N.R. 283; 2005 FCA 41.

AUTHORS CITED

Immigration Manual: Inland Processing (IP). Chapter IP 10: Refusal of National Security Cases/Processing of National Interest Requests. Ottawa: Citizenship and Immigration Canada.

APPLICATION for judicial review of the refusal by the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board to adjourn a hearing into whether the applicant was inadmissible on grounds of national security under paragraph 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, pending the outcome of his application for ministerial relief under subsection 34(2) of the Act. Application dismissed.

APPEARANCES:

Adrian D. Huzel for applicant.
Helen C. H. Park for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Embarkation Law Group, Vancouver, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

(2d) 57 (C.F.1^{re} inst.); *Prassad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 1 R.C.S. 560; (1989), 57 D.L.R. (4th) 663; [1989] 3 W.W.R. 289; 36 Admin. L.R. 72; 7 Imm. L.R. (2d) 253; 93 N.R. 81; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Adam*, [2001] 2 C.F. 337; (2001), 196 D.L.R. (4th) 495; 11 Imm. L.R. (3d) 296; 266 N.R. 92 (C.A.); *Ali c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 1 R.C.F. 485; (2004), 42 Imm. L.R. (3d) 237; 2004 CF 1174.

DÉCISIONS CITÉES:

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Poshteh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2005), 331 N.R. 129; 2005 CAF 85; *Davies c. Canada (Procureur général)* (2005), 330 N.R. 283; 2005 CAF 41.

DOCTRINE CITÉE

Guide de l'immigration: Traitement des demandes au Canada (IP). Chapitre IP 10: Refus des cas de sécurité nationale/Traitement des demandes en vertu de l'intérêt national. Ottawa: Citoyenneté et Immigration Canada.

DEMANDE de contrôle judiciaire du refus de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié d'ajourner l'enquête portant sur l'interdiction de territoire du demandeur pour raison de sécurité nationale prévue à l'alinéa 34(1)f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* en attendant l'issue de la demande de dispense dont il avait saisi le ministre en vertu du paragraphe 34(2) de la Loi. Demande rejetée.

ONT COMPARU:

Adrian D. Huzel pour le demandeur.
Helen C. H. Park pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Embarkation Law Group, Vancouver, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] MOSLEY J.: The question in this application for judicial review is whether an inadmissibility hearing must be adjourned where an application for ministerial relief is pending.

[2] The applicant, Mr. Hassanzadeh, is an Iranian citizen who arrived in Canada in September 1993 and submitted a refugee claim. The claim was denied on the ground that he had status in Austria equivalent to nationality that would allow him to live in that country. In December 1996 he married a South Korean national. They submitted an application for permanent residence on humanitarian and compassionate [H&C] grounds in April 1997 and were advised in September of that year that the application was approved in principle. Eight years later the application has yet to be completed.

[3] On June 2, 2004, the Minister issued a report under subsection 44(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) alleging that the applicant was inadmissible on grounds of national security under paragraph 34(1)(f) and an inadmissibility hearing was then scheduled for February 7, 2005 by the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board (the Board).

[4] Paragraphs 34(1)(a), (b), (c) and (f) read as follows:

34. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on security grounds for

(a) engaging in an act of espionage or an act of subversion against a democratic government, institution or process as they are understood in Canada;

(b) engaging in or instigating the subversion by force of any government;

(c) engaging in terrorism;

...

(f) being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in acts referred to in paragraph (a), (b) or (c).

[5] Mr. Hassanzadeh filed a request for relief under IRPA subsection 34(2) with the respondent Minister.

[1] LE JUGE MOSLEY: La question en litige dans la présente demande de contrôle judiciaire est celle de savoir si une enquête portant sur l'interdiction de territoire doit être ajournée lorsque le ministre est saisi d'une demande de dispense.

[2] Le demandeur, M. Hassanzadeh, est un citoyen iranien qui est arrivé au Canada en septembre 1993 et qui a soumis une demande d'asile. Sa demande a été rejetée au motif qu'il avait, en Autriche, un statut qui équivalait à la nationalité et qui lui permettait de vivre dans ce pays. En décembre 1996, il a épousé une ressortissante sud-coréenne, avec qui il a présenté en avril 1997 une demande de résidence permanente fondée sur des raisons d'ordre humanitaire. Ils ont été avisés en septembre de la même année de l'approbation en principe de leur demande. Huit ans plus tard, cette demande n'est toujours pas réglée.

[3] Le 2 juin 2004, le ministre a établi en vertu du paragraphe 44(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR) un rapport estimant que le demandeur était interdit de territoire pour raison de sécurité nationale prévue à l'alinéa 34(1)(f). Une enquête portant sur l'interdiction de territoire a ensuite été fixée au 7 février 2005 par la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission).

[4] Les alinéas 34(1)(a), (b), (c) et (f) sont ainsi libellés:

34. (1) Emportent interdiction de territoire pour raison de sécurité les faits suivants:

a) être l'auteur d'actes d'espionnage ou se livrer à la subversion contre toute institution démocratique, au sens où cette expression s'entend au Canada;

b) être l'instigateur ou l'auteur d'actes visant au renversement d'un gouvernement par la force;

c) se livrer au terrorisme;

[. . .]

f) être membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est, a été ou sera l'auteur d'un acte visé aux alinéas a), b) ou c).

[5] M. Hassanzadeh a soumis au ministre une demande de dispense fondée sur le paragraphe 34(2) de la LIPR.

The request was subsequently forwarded to the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness, as such requests are now under her jurisdiction.

[6] Subsection 34(2) states:

34. (1) . . .

(2) The matters referred to in subsection (1) do not constitute inadmissibility in respect of a permanent resident or a foreign national who satisfies the Minister that their presence in Canada would not be detrimental to the national interest.

[7] On December 9, 2004, the applicant requested an indefinite postponement of the inadmissibility hearing because of the pending subsection 34(2) request. Submissions were filed for and against an adjournment. The request was denied on December 29, 2004. The inadmissibility hearing did not proceed on February 7, 2005 due to the unavailability of the Minister's counsel and has been set down for rescheduling.

Argument

[8] The applicant argues that the Board lacks jurisdiction to proceed with a subsection 34(1) inadmissibility determination where a subsection 34(2) application has been filed with the Minister. Thus, the Board erred in refusing to postpone the hearing indefinitely pending the Minister's decision.

[9] In his written submissions, the applicant also took issue with the Board's reasons for the decision and alleged failure to take into account the long delay in processing the H&C application but those issues were abandoned at the hearing. I do not need to consider whether the decision to refuse the adjournment meets the standard of reasonableness that the content of a procedural decision would otherwise require: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1992] 2 S.C.R. 817. The sole issue before me, therefore, is whether the Board had the jurisdiction to refuse to adjourn the proceedings.

Sa demande a par la suite été transmise à la ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, de qui relève maintenant ce type de demande.

[6] Le paragraphe 34(2) dispose:

34. (1) [. . .]

(2) Ces faits n'emportent pas interdiction de territoire pour le résident permanent ou l'étranger qui convainc le ministre que sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national.

[7] Le 9 décembre 2004, le demandeur a réclamé le report à une date indéterminée de l'enquête sur l'interdiction de territoire en raison de la demande fondée sur le paragraphe 34(2) qui était toujours en instance. Des observations ont été formulées en faveur et à l'encontre de l'ajournement. La demande a été refusée le 29 décembre 2004. L'enquête sur l'interdiction de territoire n'a pas eu lieu comme prévu le 7 février 2005 parce que l'avocat du ministre n'était pas disponible et une nouvelle date a par conséquent été fixée.

Prétentions et moyens des parties

[8] Selon le demandeur, la Commission n'a pas compétence pour prononcer l'interdiction de territoire prévue au paragraphe 34(1) lorsqu'une demande fondée sur le paragraphe 34(2) a été déposée auprès du ministre. La Commission a donc commis une erreur en refusant de reporter l'enquête à une date indéterminée en attendant la décision du ministre.

[9] Dans ses observations écrites, le demandeur contestait par ailleurs les motifs invoqués par la Commission pour justifier sa décision et lui reprochait de ne pas avoir tenu compte du long retard qu'accusait le traitement de la demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire. Il a toutefois laissé tomber ces questions à l'enquête. Il n'est pas nécessaire que je me demande si la décision de refuser l'ajournement respecte la norme du caractère raisonnable que la teneur d'une décision procédurale commanderait autrement (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1992] 2 R.C.S. 817). La seule question qui m'est soumise est donc celle de savoir si la Commission était compétente pour refuser d'ajourner l'enquête.

[10] The applicant cites four decisions that arose under the former Immigration Acts: *Ramawad v. Minister of Manpower and Immigration*, [1978] 2 S.C.R. 375; *Qi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57 (F.C.T.D.); *Prasad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 1 S.C.R. 560 and *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Adam*, [2001] 2 F.C. 337 (C.A.).

[11] In *Ramawad*, Pratte J. found that the authority of a special inquiry officer to withhold an employment visa and deport the applicant under paragraph 3D(2)(b) of the *Immigration Regulations, Part I* [SOR/62-36 (as enacted by SOR/73-20, s. 2)] was suspended by paragraph 3G(d) [as enacted *idem*] which permitted the Minister to make a discretionary determination on exemption from paragraph 3D(2)(b) because of special circumstances. The officer's inquiry had to be adjourned until that determination was made.

[12] *Ramawad* was applied by Justice Reed of the Federal Court Trial Division in *Qi* to an analogous provision of the former Act [*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2], subsection 27(4) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 16]. Reed J. found that the inquiry officer had a duty to adjourn an inquiry and potential deportation order concerning an overstayed visitor's visa pending the exercise of the Deputy Minister's discretion to grant an exemption under subsection 27(2.1) [as enacted *idem*].

[13] In *Prasad*, an appellant who had been deported from Canada and returned without obtaining ministerial consent made an application for a Minister's permit to authorize her stay under paragraph 37(1)(b) of the former Act [*Immigration Act*, 1976, S.C. 1976-77, c. 52]. A deportation order was issued before the ministerial decision had been rendered. The Supreme Court distinguished *Ramawad*, holding that the Minister's permit under paragraph 37(1)(b) was a separate and alternative remedy, rather than one specifically tied to the deportation proceedings under subsection 27(3). Thus nothing in the scheme of the Act required the adjudicator to adjourn the proceedings.

[10] Le demandeur cite quatre décisions rendues sous le régime des anciennes Lois sur l'immigration: *Ramawad c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1978] 2 R.C.S. 375; *Qi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57 (C.F. 1^{re} inst.); *Prasad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 1 R.C.S. 560, et *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Adam*, [2001] 2 C.F. 337 (C.A.).

[11] Dans l'arrêt *Ramawad*, le juge Pratte a conclu que le pouvoir de l'enquêteur spécial de retirer le visa de travail du demandeur et de l'expulser en vertu de l'alinéa 3D(2)b du *Règlement sur l'immigration, Partie I* [DORS/62-36 (édicte par DORS/73-20, art. 2)] était suspendu par l'alinéa 3Gd) [édicte, *idem*], qui permettait au ministre de rendre une décision discrétionnaire au sujet de la dispense de l'alinéa 3D(2)b en cas de circonstances exceptionnelles. L'enquête devait être ajournée jusqu'à ce que cette décision soit prise.

[12] La juge Reed, de la Section de première instance de la Cour fédérale, a, dans le jugement *Qi*, appliqué l'arrêt *Ramawad* à une disposition analogue de l'ancienne Loi [*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2], le paragraphe 27(4) [mod. par LC. 1992, ch. 49, art. 16]. La juge Reed a conclu que l'enquêteur était tenu d'ajourner l'enquête ainsi que l'éventuelle expulsion du demandeur, qui était demeuré au Canada après l'expiration de son visa de visiteur, jusqu'à ce que le sous-ministre ait exercé son pouvoir discrétionnaire d'accorder une dispense en vertu du paragraphe 27(2.1) [édicte, *idem*].

[13] Dans l'affaire *Prasad*, l'appelante, qui avait été expulsée du Canada et qui y était revenue sans avoir d'abord obtenu le consentement du ministre, demandait au ministre de lui délivrer un permis l'autorisant à demeurer au Canada en vertu de l'alinéa 37(1)b de l'ancienne Loi [*Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52]. Une mesure d'expulsion avait été prise avant que le ministre ne rende sa décision. La Cour suprême a établi une distinction entre cette espèce et l'affaire *Ramawad*, en expliquant que le permis ministériel prévu à l'alinéa 37(1)b constituait une réparation distincte et subsidiaire plutôt qu'une réparation liée expressément à la procédure d'expulsion

[14] The applicant argues that the provisions at issue in these proceedings are analogous to those considered by the Supreme Court in *Ramawad* and by the Federal Court in *Qi* and distinguishable from the separate and alternative remedy dealt with in *Prassad*.

[15] In *Adam*, the Federal Court of Appeal determined that once a finding of inadmissibility was made under paragraph 19(1)(l) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11] of the former Act [R.S.C., 1985, c. I-2], a ministerial exemption, under the same provision, was no longer available to the applicant. Mr. Hassanzadeh submits that *Adam* stands for the proposition that a request for an exemption is a condition precedent to a determination of inadmissibility.

[16] The applicant argues that there are a number of factors that support this position. First, as a matter of policy, it would be a waste of the resources of the Board to convene a hearing on the question of inadmissibility if the Minister could overrule it later. Second, a finding of inadmissibility would be prejudicial to the applicant when there may be other considerations that militate in favour of an exemption. The determination would remain in place notwithstanding a positive decision by the Minister: *Ali v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 1 F.C.R. 485 (F.C.).

[17] Further prejudice to the applicant would arise from the fact that should the Board find him to be inadmissible his work permit would be rendered invalid, pending a decision on his application for relief: IRPA section 48 and section 209 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* [SOR/2002-227]. IRPA is silent as to what should be done with someone who is awaiting the exercise of ministerial discretion. Finally, the applicant fears losing the H&C approval that he and his wife received in principle. No prejudice to the respondent arises from delaying the proceedings. The timing of a ministerial decision on

prévue au paragraphe 27(3). Il n'y avait donc rien dans l'économie de la Loi qui obligeait l'arbitre à ajourner l'enquête.

[14] Le demandeur soutient que les dispositions en litige en l'espèce sont analogues à celles qu'ont analysées la Cour suprême dans l'affaire *Ramawad* et la Cour fédérale dans l'affaire *Qi* et il ajoute qu'il y a lieu d'établir une distinction entre ces dispositions et la réparation distincte et subsidiaire examinée dans l'affaire *Prassad*.

[15] Dans l'arrêt *Adam*, la Cour d'appel fédérale a estimé que, dès lors qu'une interdiction de territoire est prononcée en vertu de l'alinéa 19(1)l) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11] de l'ancienne Loi [L.R.C. (1985), ch. I-2], le demandeur ne peut plus bénéficier de la dispense ministérielle prévue au même article. M. Hassanzadeh affirme que l'arrêt *Adam* permet d'affirmer qu'une demande de dispense constitue une condition préalable au prononcé d'une interdiction de territoire.

[16] Suivant le demandeur, plusieurs facteurs appuient sa thèse. Premièrement, on assisterait en principe à un gaspillage des ressources de la Commission si l'on procédait à une enquête sur la question de l'interdiction de territoire si le ministre pouvait par la suite infirmer la décision prise à l'issue de cette enquête. En second lieu, une interdiction de territoire serait préjudiciable au demandeur lorsqu'il existe peut-être d'autres facteurs qui militent en faveur d'une dispense. L'interdiction serait maintenue malgré la décision favorable du ministre (*Ali c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 1 R.C.F. 485 (C.F.)).

[17] Le demandeur subirait par ailleurs un préjudice en raison du fait que, jusqu'à ce qu'une décision soit rendue au sujet de sa demande de dispense, son permis de travail deviendrait invalide en cas d'interdiction de séjour prononcée par la Commission (article 48 de la LIPR et article 209 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* [DORS/2002-227]). La LIPR est muette sur les mesures à prendre au sujet de la personne qui attend que le ministre exerce son pouvoir discrétionnaire. Finalement, le demandeur craint de perdre l'approbation de principe de la demande que lui et sa femme ont présentée sur le fondement de raisons

the exemption request is entirely under the control of the respondent.

[18] The respondent submits that a decision whether or not to adjourn a proceeding is an interlocutory matter entirely within the discretion of the Board: *Prasad*. The Board has a statutory duty to hold a hearing when a section 44 report has been filed. The Minister's exemption authority under subsection 34(2) is not integral to the Board's decision under subsection 34(1). An adequate alternative remedy is open to the applicant if the hearing proceeds and results in a negative decision. The applicant may then seek judicial review of the decision: *Ali*.

[19] It is reasonable, the respondent contends, for the Minister to wait for the outcome of the inadmissibility hearing under subsection 34(1). That proceeding will allow for an independent determination of the facts based on the evidence, in an adversarial setting. There is no explicit language in section 34 requiring an adjournment to be granted when an application for ministerial relief is filed.

[20] With respect to the effect of an adverse determination pending the outcome of the Minister's decision, the respondent points to the terms of Chapter IP-10 [Refusal of National Security Cases/Processing National Interest Requests] of its *Immigration Manual: Inland Processing (IP)* indicating that any final decision on an application for permanent residence and any enforcement action on a removal order should be suspended until the application for relief is decided.

Analysis

[21] Neither party made submissions on the standard of review to be applied in these proceedings. On a pragmatic and functional analysis, jurisdiction is commonly found to be a question of law requiring the standard of correctness: *Poshteh v. Canada (Minister of*

d'ordre humanitaire. Le retard de la procédure ne cause aucun préjudice au défendeur. Le défendeur a toute latitude en ce qui concerne le moment de la décision du ministre sur la demande de dispense.

[18] Le défendeur affirme que la décision d'ajourner ou non l'enquête est une question interlocutoire qui relève entièrement du pouvoir discrétionnaire de la Commission (arrêt *Prasad*). La Commission est tenue de par la loi de tenir une enquête lorsque le rapport prévu à l'article 44 a été déposé. Le pouvoir d'accorder une dispense que le paragraphe 34(2) confère au ministre ne fait pas partie intégrante de la décision que la Commission prend en vertu du paragraphe 34(1). Le demandeur dispose d'un recours subsidiaire suffisant si l'enquête a lieu et se solde par une décision négative. Le demandeur peut alors demander le contrôle judiciaire de cette décision (jugement *Ali*).

[19] Le défendeur affirme qu'il est logique que le ministre attende de connaître l'issue de l'enquête sur l'interdiction de territoire tenue en vertu du paragraphe 34(1). Cette enquête permet de juger les faits d'une façon indépendante sur le fondement de la preuve dans le cadre d'un débat contradictoire. Il n'y a rien dans cet article qui exige explicitement d'accorder un ajournement lorsqu'une demande de dispense ministérielle a été présentée.

[20] Pour ce qui est des conséquences d'une décision défavorable en attendant la décision du ministre, le défendeur invoque le chapitre IP-10 [Refus des cas de sécurité nationale/Traitement des demandes en vertu de l'intérêt national] de son *Guide de l'immigration: Traitement des demandes au Canada (IP)* dans lequel il est précisé que toute décision définitive sur une demande de résidence permanente et toute mesure d'exécution d'une ordonnance de renvoi sont suspendues tant que la demande de dispense n'a pas été tranchée.

Analyse

[21] Aucune des parties n'a formulé d'observations au sujet de la norme de contrôle à appliquer dans la présente instance. Suivant l'analyse pragmatique et fonctionnelle, la compétence est habituellement considérée comme une question de droit régie par la

Citizenship and Immigration) (2005), 331 N.R. 129 (F.C.A.); *Davies v. Canada (Attorney General)* (2005), 330 N.R. 283 (F.C.A.).

[22] The applicant's argument rests essentially on the premise that a decision by the Minister under subsection 34(2) is an integral part of the inadmissibility determination under subsection 34(1). The Minister is empowered to conclude that the grounds in subsection 34(1) "do not constitute inadmissibility" if the Minister finds that the applicant does not pose a threat to the national interest. Under paragraph 19(1)(f) of the former Act, the conclusion that a ministerial exemption had to be resolved before the visa officer's decision was supported by the presence of the words "have satisfied" in the excepting language, as was found by the Federal Court of Appeal in *Adam*.

[23] Those words or any other language indicating that Parliament intended that the Minister's exemption decision should be made prior to a determination by the Board as to inadmissibility do not appear in IRPA section 34.

[24] The Federal Court of Appeal recently had occasion to consider whether *Adam* governs the interpretation of subsection 34(2) in *Poshteh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 332 N.R. 374. The Minister had sought reconsideration of a prior decision of the Court ((2005), 331 N.R. 129) on the ground that a statement in that decision was inconsistent with *Adam*, as it indicated that the applicant could try to satisfy the Minister that his presence in Canada was not detrimental to the national interest following an inadmissibility hearing.

[25] On the motion for reconsideration, the Court of Appeal found that there was no longer any restriction in the statutory language as to when the Minister's discretion could be exercised. At paragraph 10 the Court stated:

There is simply no temporal aspect to subsection 34(2). Nothing in subsection 34(2) appears to fetter the discretion of

norme de la décision correcte (*Poshteh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2005), 331 N.R. 129 (C.A.F.); *Davies c. Canada (Procureur général)* (2005), 330 N.R. 283 (C.A.F.)).

[22] La thèse du demandeur repose essentiellement sur la prémisse que la décision prise par le ministre en vertu du paragraphe 34(2) fait partie intégrante de la décision sur l'interdiction de territoire prévue au paragraphe 34(1). Il est loisible au ministre de conclure que les faits énumérés au paragraphe 34(1) «n'emportent pas interdiction de territoire» s'il estime que la présence du demandeur au Canada ne serait pas préjudiciable à l'intérêt national. Sous le régime de l'ancienne Loi, les mots «sauf si elles convainquent» dans le libellé de la dispense contenue à l'alinéa 19(1)f) laissaient supposer que la dispense ministérielle devait précéder la décision de l'agent des visas, ainsi que la Cour d'appel fédérale l'a expliqué dans l'arrêt *Adam*.

[23] On ne trouve pas à l'article 34 de la Loi de tels mots ou une autre formulation indiquant que le législateur fédéral voulait que la décision du ministre sur la dispense soit prise avant que la Commission ne se prononce sur l'interdiction de territoire.

[24] La Cour d'appel fédérale a, dans l'affaire *Poshteh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2005), 332 N.R. 374, récemment eu l'occasion de se demander si l'arrêt *Adam* régissait l'interprétation du paragraphe 34(2). Le ministre sollicitait le réexamen d'une décision antérieure de la Cour ((2005), 331 N.R. 129) au motif qu'une déclaration faite par la Cour dans cette décision était incompatible avec l'arrêt *Adam*, puisque la Cour avait dit que le demandeur pouvait tenter de convaincre le ministre que sa présence au Canada ne serait pas préjudiciable à l'intérêt national à la suite d'une enquête sur l'interdiction de territoire.

[25] Saisie de la requête en réexamen, la Cour d'appel a conclu qu'il n'y avait plus de restriction dans le libellé de la loi quant au moment où le ministre pouvait exercer son pouvoir discrétionnaire. Au paragraphe 10, la Cour dit ce qui suit:

Le paragraphe 34(2) ne comporte pas d'aspect temporel. Rien dans cette disposition n'entrave l'exercice du pouvoir

the Minister as to when he might grant a ministerial exemption. Because the decision in *Adam* was based on a different tense of verbs in a different provision, *Adam* is not authority for the interpretation the Minister places on subsection 34(2).

[26] The applicant argues that the Court of Appeal did not decide the procedural issue. He says that he is entitled to an answer from the Minister before he gets the Board's decision. The Court should not assume that the Minister will arrive at a negative decision.

[27] Justice Mactavish, in *Ali*, held that a subsection 34(1) finding is a separate and discrete determination of inadmissibility and is not tied to the exercise of the Minister's discretion under subsection 34(2). At paragraphs 42 and 43 she arrived at the following conclusions:

A subsection 34(2) inquiry is directed at a different issue to that contemplated by subsection 34(1). The issue for the Minister under subsection 34(2) is not the soundness of the officer's determination that there are reasonable grounds for believing that an applicant is a member of a terrorist organization—that determination will have already been made. Rather, the Minister is mandated to consider whether, notwithstanding the applicant's membership in a terrorist organization, it would be detrimental to the national interest to allow the applicant to stay in Canada.

In other words, subsection 34(2) empowers the Minister to grant exceptional relief, in the face of a finding that has already been made by the immigration officer.

[28] I agree with Justice Mactavish that a subsection 34(2) exemption decision would normally follow a determination of inadmissibility under subsection 34(1); however, that is not mandated by the statute. There may be exceptional reasons for seeking an exemption prior to an inadmissibility decision. In most instances, it would be preferable for the evidence to be presented and the fact-finding to be conducted by the Board before the Minister considers an application for discretionary relief.

[29] While recognizing that there would be adverse effects of a determination of inadmissibility that might be

discrétionnaire du ministre quant au moment où il peut accorder une exemption ministérielle. L'arrêt *Adam* s'appuyant sur un temps de verbe différent dans une disposition différente, il ne constitue par un précédent pour l'interprétation que le ministre fait du paragraphe 34(2).

[26] Aux dires du demandeur, la Cour d'appel n'a pas tranché la question de procédure. Il soutient qu'il a droit à une réponse du ministre avant de connaître la décision de la Commission. La Cour ne peut tenir pour acquis que le ministre en arrivera à une décision défavorable.

[27] Dans le jugement *Ali*, la juge Mactavish a estimé que la décision visée au paragraphe 34(1) est distincte de celle relative à l'interdiction de territoire et qu'elle doit être dissociée de l'exercice que le ministre fait du pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 34(2). Voici les conclusions auxquelles la juge en arrive aux paragraphes 42 et 43:

Une enquête relative au paragraphe 34(2) vise une question différente de celle envisagée au paragraphe 34(1). La question que doit trancher le ministre en vertu du paragraphe 34(2) n'est pas celle de la justesse de la décision de l'agent selon laquelle il y a des motifs raisonnables de croire qu'un demandeur est membre d'une organisation terroriste—cette décision aura déjà été rendue. Le ministre est plutôt chargé d'examiner la question de savoir si, en dépit de l'appartenance du demandeur à une organisation terroriste, il serait préjudiciable à l'intérêt national de permettre au demandeur de demeurer au Canada.

En d'autres mots, le paragraphe 34(2) habilite le ministre à accorder un redressement exceptionnel, malgré la conclusion ayant déjà été tirée par l'agent d'immigration.

[28] Je suis d'accord avec la juge Mactavish pour dire que la décision d'accorder une dispense en vertu du paragraphe 34(2) sera normalement rendue après la décision relative à l'interdiction de territoire visée au paragraphe 34(1). La loi n'impose toutefois pas cette séquence. Il peut en effet y avoir, dans des cas exceptionnels, des raisons de réclamer une dispense avant qu'une décision ne soit prise au sujet de l'interdiction de territoire. Dans la plupart des cas, il serait préférable que la preuve soit présentée et que la Commission constate les faits avant que le ministre ne se penche sur la demande de dispense discrétionnaire.

[29] Tout en reconnaissant qu'une décision ministérielle favorable permettrait d'éviter les conséquences

avoided by a positive ministerial decision, I find nothing procedurally unfair in having the Board's determination precede the Minister's consideration of the exemption request.

[30] The application is therefore dismissed. Mr. Hassanzadeh is not entitled to have a decision from the Minister before the Immigration Division holds his admissibility hearing or makes a ruling on his admissibility.

[31] The applicant has proposed the following question for certification:

Does the Immigration Division have jurisdiction to find that a permanent resident or foreign national is inadmissible on security grounds under section 34 of the *Immigration and Refugee Protection Act* where an application for Ministerial relief under subsection 34(2) is outstanding?

[32] The respondent opposes certification of a question relating to the interpretation of section 34 but has offered an alternative version of the applicant's question for the Court's consideration.

Is the Immigration Division required to adjourn every admissibility hearing indefinitely and until such time as an application for Ministerial relief that has been submitted is determined?

[33] The Court of Appeal's decision on the reconsideration motion in *Poshteh*, is, in my view, determinative of the question that the applicant wishes to have certified and I decline, therefore, to certify it.

ORDER

THIS COURT ORDERS that this application is dismissed and no question is certified.

négatives d'une interdiction de territoire, j'estime qu'il n'y a rien d'injuste sur le plan procédural à permettre que la Commission rende sa décision avant que le ministre n'examine la demande de dispense.

[30] La demande est par conséquent rejetée. M. Hassanzadeh n'a pas le droit d'exiger une décision du ministre avant que la Section de l'immigration ne procède à une enquête ou ne rende une décision dans le cadre de celle-ci.

[31] Le demandeur a proposé la certification de la question suivante:

La Section de l'immigration a-t-elle compétence pour prononcer l'interdiction de territoire d'un résident permanent ou d'un ressortissant étranger pour l'une des raisons de sécurité énumérées à l'article 34 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* lorsqu'une demande de dispense ministérielle présentée en vertu du paragraphe 34(2) est en instance?

[32] Le défendeur s'oppose à la certification d'une question se rapportant à l'interprétation de l'article 34 et il soumet à l'examen de la Cour une version modifiée de la question du demandeur.

La Section de l'immigration a-t-elle l'obligation d'ajourner indéfiniment chaque enquête portant sur une interdiction de territoire tant que la demande de dispense ministérielle qui a été soumise n'a pas été tranchée?

[33] L'arrêt que la Cour d'appel a rendu en réponse à la requête en réexamen dont elle était saisie dans l'affaire *Poshteh*, tranche à mon avis la question dont le demandeur souhaite la certification. Je refuse donc de certifier cette question.

ORDONNANCE

LA COUR rejette la présente demande et ne certifie aucune question.

T-1291-03
2005 FC 431

T-1291-03
2005 CF 431

Ford Aquitaine Industries SAS, Ford Motor Company, Ford St. Louis Assembly Division, Ford Louisville Assembly Division and Howard Ternes Packaging Inc. (Plaintiffs)

Ford Aquitaine Industries SAS, Ford Motor Company, Ford St. Louis Assembly Division, Ford Louisville Assembly Division et Howard Ternes Packaging Inc. (demanderesses)

v.

c.

The vessel *Canmar Pride*, CPS No. 5 Limited, CPS No. 3 Limited, Canmar Pride Ltd., CP Ships (UK) Ltd. and Orient Overseas Container Line Ltd. (Defendants)

Le navire *Canmar Pride*, CPS No. 5 Limited, CPS No. 3 Limited, Canmar Pride Ltd., CP Ships (UK) Ltd. et Orient Overseas Container Line Ltd. (défendeurs)

INDEXED AS: FORD AQUITAINE INDUSTRIES SAS v. CANMAR PRIDE (THE) (F.C.)

RÉPERTORIÉ: FORD AQUITAINE INDUSTRIES SAS c. CANMAR PRIDE (LE) (C.F.)

Federal Court, Lemieux J.—Montréal, January 26; Ottawa, March 31, 2005.

Cour fédérale, juge Lemieux—Montréal, 26 janvier; Ottawa, 31 mars, 2005.

Maritime Law — Carriage of Goods — Appeal from Prothonotary's decision staying Federal Court action for loss of, damage to cargo — Clause in transportation agreement between Ford, Orient Overseas Container Line Ltd. (OOCL) stipulating applicable law that of Michigan — Ford instituting action in U.S. District Court — In defence to that action, OOCL claiming U.S. Carriage of Goods by Sea Act (COGSA), under which amount of damages available to Ford much lower than those available under Hague-Visby Rules, applying — Ford commencing action in Canada — Request to have U.S. action discontinued denied — Motion in U.S. Court to dismiss OOCL's counterclaim also denied, as Ford not articulating factors supporting Canadian court being proper jurisdiction — Prothonotary finding U.S. action parallel action before appropriate forum, Ford not establishing enjoyment in Canada of juridical advantage not available in U.S. — As decision under appeal raising questions vital to final determination of case, Prothonotary's discretion exercised de novo — Forum non conveniens discretionary doctrine recognizing possible more than one forum for action, possible to decline exercise of jurisdiction on ground more appropriate forum exists — Approach, principles deriving from case law summarized — Factors to consider when determining most appropriate forum listed — Loss of juridical advantage factor to be weighed with others — Ford not establishing loss of advantage of higher damages if action proceeding in U.S. — COGSA not applying automatically, no determination made by U.S. Court in relation to applicability of COGSA — Existence of parallel proceedings in U.S., desirability of avoiding unnecessary expenses or conflicting decisions; respect, on basis of comity, of U.S. Court decision re: forum non conveniens; fact many issues in present case relating to U.S.

Droit maritime — Transport de marchandises — Appel de la décision du protonotaire suspendant l'action devant la Cour fédérale pour perte ou dommages relativement aux marchandises transportées — Une clause contractuelle de l'entente de services de transport entre Ford et Orient Overseas Container Line Ltd. (OOCL) établissait que le droit applicable serait celui de l'État du Michigan — Ford a intenté une action devant la U.S. District Court — En défense à cette action, l'OOCL allègue que la Carriage of Goods by Sea Act des États-Unis (COGSA), en vertu de laquelle Ford avait droit à des dommages-intérêts beaucoup moins élevés que ceux octroyés par les Règles La Haye-Visby, s'applique — Ford a introduit une action au Canada — La demande visant le désistement de l'action aux États-Unis a été rejetée — La requête présentée par Ford à la cour américaine qui visait à faire rejeter la demande reconventionnelle a également été rejetée au motif que Ford n'avait pas exprimé les facteurs appuyant le choix du tribunal canadien pour l'instruction de l'affaire — Le protonotaire s'est dit d'avis que l'action intentée aux États-Unis constituait une action parallèle devant un tribunal approprié, Ford n'a pas démontré qu'elle bénéficierait au Canada d'un avantage juridique auquel elle n'aurait pas accès aux États-Unis — Comme les questions qui sont au centre de la décision contestée du protonotaire sont cruciales pour l'issue du dossier, le pouvoir discrétionnaire du protonotaire doit être exercé de novo — La doctrine du forum non conveniens reconnaît qu'il peut y avoir plus d'un tribunal en mesure d'assumer ou d'exercer la compétence et que le tribunal peut refuser d'exercer cette compétence au motif qu'il existe un tribunal plus approprié pour connaître de l'action ou l'instruire — Un résumé de l'approche et des principes tirés de la jurisprudence a été énoncé — Liste des facteurs qui

law all favouring stay on basis of forum non conveniens — Appeal dismissed.

Practice — Stay of Proceedings — Appeal from Prothonotary's decision staying Federal Court action for loss of, damage to cargo — Parallel actions commenced in U.S. District Court, Federal Court — U.S. District Court refusing to discontinue action — Prothonotary holding Federal Courts Act, s. 50(1)(a), permitting stay of proceedings on ground claim being proceeded with in another jurisdiction, applied — Appeal dismissed — Principles guiding decision whether to stay action on ground of forum non conveniens, factors for determining most appropriate forum reviewed, applied.

Conflict of Laws — Appeal from Prothonotary's decision staying Federal Court action for loss of, damage to cargo — Parallel actions commenced in U.S. District Court, Federal Court — U.S. District Court refusing to discontinue action — Prothonotary applying criteria set out by B.C.C.A. in Westec Aerospace Inc. v. Raytheon Aircraft Co., holding Ford not establishing juridical advantage in Canada — Westec should not have set up loss of juridical advantage as separate test — Principles guiding decision whether to stay action on ground of forum non conveniens, factors for determining most appropriate forum reviewed, applied — Appeal dismissed.

This was an appeal of the Prothonotary's decision staying, pursuant to section 50 of the *Federal Courts Act*, the plaintiffs' (Ford) action against the defendants for the loss of or damage to automatic transmissions carried onboard the defendant ship, *Canmar Pride* from France to Montréal before delivery by rail to Ford assembly plants in the U.S. Ford and the defendant Orient Overseas Container Line Ltd. (OOCL), had entered into

peuvent être pris en considération pour décider du tribunal le plus approprié pour l'action — La question de savoir si le refus d'exercer la compétence priverait le demandeur d'un avantage juridique n'est pas déterminante en soi — Ford n'a pas établi qu'elle perdait l'avantage de dommages-intérêts plus élevés aux États-Unis — La COGSA ne s'applique pas automatiquement, la U.S. District Court n'a pas statué sur l'applicabilité de la COGSA — L'existence d'instances parallèles aux États-Unis, la volonté d'éviter des frais superflus ou des décisions incompatibles; le respect, au nom de la courtoisie, de la décision de la cour américaine en ce qui concerne la doctrine du forum non conveniens; le fait qu'un bon nombre des questions en litige en l'espèce font intervenir le droit américain sont tous des facteurs en faveur d'une suspension sur le fondement de la doctrine du forum non conveniens — Appel rejeté.

Pratique — Suspension d'instance — Appel de la décision du protonotaire suspendant l'action devant la Cour fédérale pour perte ou dommages relativement aux marchandises transportées — Actions parallèles instituées devant la U.S. District Court et la Cour fédérale — La U.S. District Court a refusé le désistement de l'action — Le protonotaire a statué que l'art. 50(1)a) de la Loi sur les Cours fédérales, qui confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire de suspendre une instance dont elle est saisie, s'appliquait — Appel rejeté — Examen et application des principes qui devraient orienter l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'accorder une suspension ou non sur le fondement du forum non conveniens et des facteurs devant être pris en considération pour décider du tribunal le plus approprié pour l'action.

Conflit de lois — Appel de la décision du protonotaire suspendant l'action devant la Cour fédérale pour perte ou dommages relativement aux marchandises transportées — Actions parallèles instituées devant la U.S. District Court et la Cour fédérale — La U.S. District Court a refusé le désistement de l'action — Le protonotaire a appliqué les critères acceptés par la C.A.C.-B. dans Westec Aerospace Inc. c. Raytheon Aircraft Co., et conclu que Ford n'avait pas établi qu'elle bénéficierait au Canada d'un avantage juridique — Il ne convenait pas d'établir dans Westec, la perte d'un avantage juridique comme critère distinct — Examen et application des principes qui devraient orienter l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'accorder une suspension ou non sur le fondement du forum non conveniens et des facteurs devant être pris en considération pour décider du tribunal le plus approprié pour l'action — Appel rejeté.

Il s'agit de l'appel de la décision du protonotaire qui a suspendu, en vertu de l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales*, l'action intentée par les demandresses (Ford) contre les défendeurs pour la perte ou des dommages aux transmissions automatiques transportées sur le navire des défendeurs, le *Canmar Pride* de la France à Montréal avant d'être livrés par train aux usines d'assemblage de Ford aux

a transportation agreement, which stipulated that the parties were to be governed by the law of Michigan, and Ford instituted an action in Michigan. In its defence filed in the U.S. action, OOCL claimed that the United States *Carriage of Goods by Sea Act* (COGSA) applied. Under COGSA, the limit on liability is much lower than that under the Hague-Visby Rules, applicable in Canada.

Ford later commenced an action in Canada for the same loss, and sought to have its U.S. action discontinued. This notice to discontinue was quashed by the U.S. District Court.

Ford had also brought a motion before the U.S. District Court to dismiss OOCL's counterclaim and request for declaratory judgment on the basis that Canada was the proper jurisdiction in which to litigate. The U.S. District Court denied this motion, concluding that Ford had failed to articulate the factors which would support its argument.

In the decision under appeal, the Prothonotary ruled that paragraph 50(1)(a) of the *Federal Courts Act* (permitting a stay of proceedings on the ground that the claim is being proceeded with in another court or jurisdiction) was applicable because of the existence of the U.S. action, which the U.S. District Court had refused to dismiss. Applying the criteria set out by the B.C.C.A. in *Westec Aerospace Inc. v. Raytheon Aircraft Co.*, he concluded that the U.S. action was a parallel action before an appropriate forum. And Ford had not established that it would enjoy in Canada some juridical advantage that it could not have in the action in Michigan.

Held, the appeal should be dismissed.

The Court had to exercise the Prothonotary's discretion *de novo* as the latter's decision raised questions vital to the final determination of the case, i.e. the proper principles that should guide the decision of whether or not to stay the action.

That the Court had jurisdiction to entertain Ford's action was not at issue. At issue was whether the Court should decline to exercise that jurisdiction by staying the action.

The doctrine of *forum non conveniens* is a discretionary doctrine which recognizes that there may be more than one forum capable of assuming or exercising jurisdiction and may decline to exercise that jurisdiction on the ground that there is a more appropriate forum to entertain the action. The approach

États-Unis. Ford et la défenderesse Orient Overseas Container Line Ltd. (OOCL) avaient conclu une entente de services de transport qui désignait que la législation applicable serait la loi de l'État du Michigan et Ford a engagé une action dans cet État. L'OOCL, dans sa défense déposée dans l'action intentée aux États-Unis, prétendait que la *Carriage of Goods by Sea Act* des États-Unis (COGSA) s'appliquait. En vertu de la COGSA, la limite de responsabilité est beaucoup moins élevée que celle prévue par les Règles de La Haye-Visby qui sont applicables au Canada.

Ford a plus tard fait valoir une cause d'action identique au Canada et a présenté un avis visant à se désister de son action aux États-Unis. Cet avis a été rejeté par la U.S. District Court.

Ford a également présenté à la U.S. District Court une requête visant à faire rejeter la demande reconventionnelle de l'OOCL ainsi que sa demande de jugement déclaratoire au motif que le Canada était la juridiction appropriée qui devait être saisie du litige. La U.S. District Court a rejeté cette requête et a conclu que Ford n'avait pas exprimé les facteurs qui appuieraient cet argument.

Dans la décision qui fait l'objet de l'appel, le protonotaire a estimé que l'alinéa 50(1)a) de la *Loi sur les Cours fédérales* (qui autorise la suspension des procédures au motif que la demande est en instance devant un autre tribunal) s'appliquait en raison de l'existence de l'action intentée aux États-Unis qui se poursuivait en raison du refus de désistement par la U.S. District Court. Appliquant le critère de la C.A.C.-B. dans *Westec Aerospace Inc. c. Raytheon Aircraft Co.*, le protonotaire s'est dit d'avis que l'action intentée aux États-Unis constituait une action parallèle devant un tribunal appropriée. De plus, Ford n'avait pas établi qu'elle bénéficierait au Canada d'un avantage juridique qu'elle ne saurait avoir dans l'action au Michigan.

Jugement: l'appel doit être rejeté.

La Cour devait exercer le pouvoir discrétionnaire du protonotaire *de novo* puisque la décision contestée soulevait des questions cruciales pour la détermination finale de l'affaire, c'est-à-dire les principes appropriés qui devraient orienter la décision d'accorder ou non la suspension.

La question fondamentale ne consistait pas à déterminer si la Cour avait compétence pour connaître de l'action de Ford, mais plutôt si la Cour devait refuser d'exercer cette compétence en suspendant l'action.

La doctrine du *forum non conveniens* est une doctrine discrétionnaire qui reconnaît qu'il peut y avoir plus d'un tribunal en mesure d'assumer ou d'exercer la compétence et qui peut refuser d'exercer cette compétence au motif qu'il existe un tribunal plus approprié pour connaître de l'action.

and principles that guide the decision whether to stay an action on the ground of *forum non conveniens* derived from the case law were summarized as follows: (1) Achieving justice, taking into account all relevant circumstances is the overarching principle; (2) All relevant circumstances must be appropriately weighed in their proper context; (3) None of the relevant factors is determinative; and (4) The test for *forum non conveniens* is that there must be some other forum more convenient and appropriate for the pursuit of the action and for securing the ends of justice.

The courts have developed several factors that may be considered when determining the most appropriate forum for the action, including contractual provisions that specify applicable law or accord jurisdiction, the avoidance of a multiplicity of proceedings, the applicable law and its weight in comparison to the factual questions to be decided, and whether declining jurisdiction would deprive the plaintiff of a legitimate juridical advantage available in the domestic court.

It was inappropriate in *Westec* to set up as a separate test a consideration of the loss of a juridical advantage. It should be weighed with the other factors considered in identifying the appropriate forum. The onus was on the defendants to establish the grounds for a stay of proceedings, but it was up to Ford to prove U.S. law if Ford wished to rely on any difference between the expected treatment of its claim under U.S. law as opposed to Canadian law. Here, Ford did not establish that it would lose the advantage of higher damages in the U.S. because COGSA would automatically apply. The affidavit evidence clearly stated that COGSA does not apply to the carriage from France to Montréal and then by rail to destinations in the U.S., nor does it arise by virtue of the OOCL/Ford agreement. In addition, the U.S. District Court made no determination on the merits of the case before it that COGSA and not the Hague-Visby Rules would apply.

Three factors tipped the balance in favour of a stay on the basis of the doctrine of *forum non conveniens*: (1) the existence of parallel proceedings in the United States and the desirability of avoiding unnecessary expenses or conflicting decisions; (2) the respect, on the basis of comity, owed to the U.S. District Court decision regarding the doctrine of *forum non conveniens*; and (3) the fact that many of the issues in this case would relate to U.S. law.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Carriage of Goods by Sea Act, 46 U.S.C. App. § 1300 (2000).

L'approche adéquate et les principes tirés de la jurisprudence citée orientant la décision de suspendre ou non l'action sur le fondement de la doctrine du *forum non conveniens* sont les suivants: 1) la réalisation des fins de la justice, compte tenu de toutes les circonstances pertinentes, constitue le principe déterminant; 2) toutes les circonstances pertinentes doivent être soupesées comme il se doit dans leur contexte approprié; 3) aucun des facteurs pertinents n'est décisif; 4) le critère du *forum non conveniens* est qu'il doit exister un autre tribunal qui convient davantage à la poursuite de l'action et à la réalisation des fins de la justice.

Les tribunaux ont élaboré plusieurs facteurs dont ils peuvent tenir compte pour décider quel est le tribunal le plus approprié pour l'action, notamment les dispositions contractuelles qui précisent la loi applicable ou qui attribuent la compétence, le soin d'éviter la multiplicité des instances, la loi applicable et son poids comparativement aux questions de fait à trancher et la question de savoir si le refus d'exercer la compétence priverait le demandeur d'un avantage juridique légitime auquel le tribunal national donne accès.

Il ne convenait pas d'établir dans *Westec*, comme critère distinct, l'examen de la perte d'un avantage juridique. Ce facteur doit plutôt être pondérer avec les autres facteurs dont il est tenu compte pour décider du tribunal approprié. Il incombait aux défendeurs de prouver les motifs justifiant une suspension d'instance, mais il appartenait à Ford de faire la preuve du droit américain si elle voulait invoquer une différence quant à la façon dont le droit américain et le droit canadien traiteraient sa demande. En l'espèce, Ford n'a pas établi qu'elle perdrait l'avantage des dommages-intérêts plus élevés aux États-Unis parce que la COGSA s'appliquerait automatiquement. La preuve par affidavit démontrait clairement que la COGSA ne s'appliquait pas au transport de la France à Montréal puis, par train, à des destinations se trouvant aux États-Unis et que la COGSA ne trouvait pas application en vertu de l'entente entre l'OOCL et Ford. Aussi, la U.S. District Court n'a pas statué, sur le fond, que la COGSA, et non les Règles de La Haye-Visby, s'appliqueraient.

Trois facteurs ont fait pencher la balance en faveur de la suspension des procédures sur le fondement de la doctrine du *forum non conveniens*: 1) l'existence d'instances parallèles aux États-Unis et la volonté d'éviter des frais superflus ou des décisions incompatibles; 2) le respect, au nom de la courtoisie, de la décision de la U.S. District Court relativement à la doctrine du *forum non conveniens*; 3) le fait que bon nombre des questions en litige en l'espèce faisaient intervenir le droit américain.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Carriage of Goods by Sea Act, 46 U.S.C. App. § 1300 (2000).

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, Art. 3135.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 50 (as am. *idem*, s. 46).
International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, concluded at Brussels, August 25, 1924, and Protocol concluded at Brussels, February 23, 1968, and Additional Protocol concluded at Brussels, December 21, 1979, being Schedule 3 to the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6, Art. III, Rules 3, 4, Art. IV, Rules 2, 3, 6 (Hague-Visby Rules).
Marine Liability Act, S.C. 2001, c. 6, s. 46.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Magic Sportswear Corp. v. OT Africa Line Ltd., 2003 FC 1513; [2003] F.C.J. No. 1933 (QL); *affd sub. nom Magic Sportswear Corp. v. Mathilde Maersk (The)*, [2005] 2 F.C.R. 236; 2004 FC 1165; *Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, [2004] 2 F.C.R. 459; (2003), 30 C.P.R. (4th) 40; 315 N.R. 175; 2003 FCA 488; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Landmark Cinemas of Canada Ltd.* (2004), 30 C.P.R. (4th) 257; 316 N.R. 386; 2004 FCA 57; *First Canadians' Constitution Draft Committee, The United Korean Government (Canada) v. Canada* (2004), 238 D.L.R. (4th) 306; 317 N.R. 352; 2004 FCA 93; *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897; (1993), 102 D.L.R. (4th) 96; [1993] 3 W.W.R. 441; 23 B.C.A.C. 1; 77 B.C.L.R. (2d) 62; 14 C.P.C. (3d) 1; 150 N.R. 321; *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, [2001] 3 S.C.R. 907; (2001), 207 D.L.R. (4th) 577; 30 C.B.R. (4th) 6; 280 N.R. 201; 2001 SCC 90; *affg* (1999), 173 D.L.R. (4th) 493; 239 N.R. 114 (F.C.A.); *affg* [1997] 3 F.C. 187; (1997), 146 D.L.R. (4th) 736; 46 C.B.R. (3d) 169; 127 F.T.R. 244 (T.D.).

CONSIDERED:

Intercontinental Monetary Corp. v. Performance Guarantees, Inc., 705 F.Supp. 144 (S.D.N.Y. 1989); *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 S.C.R. 450; (2003), 224 D.L.R. (4th) 577; 30 C.P.C. (5th) 1; 2003 SCC 27; *Westec Aerospace Inc. v. Raytheon Aircraft Co.* (1999), 173 D.L.R. (4th) 498; 122 B.C.A.C. 18; 67 B.C.L.R. (3d) 278; 34 C.P.C. (4th) 1 (C.A.); *Elbe Maru, The*, [1978] 1 Lloyd's Rep. 206; *Plibrico (Canada) Ltd. v. Combustion Engineering Canada Inc.* (1990), 30 C.P.R.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3135.
Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance, conclue à Bruxelles, 25 août 1924, et protocole conclu à Bruxelles, 23 février 1968 et protocole supplémentaire conclu à Bruxelles, 21 décembre 1979, qui constitue l'annexe 3 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6, art. III, règles 3, 4, art. IV, règles 2, 3, 6 (Règles de La Haye-Visby).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50.
Loi sur la responsabilité en matière maritime, L.C. 2001, ch. 6, art. 46.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 50 (mod., *idem*, art. 46).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Magic Sportswear Corp. c. OT Africa Line Ltd., 2003 CF 1513; [2003] A.C.F. n° 1933 (QL); *conf. par sub. nom Magic Sportswear Corp. c. Mathilde Maersk (Le)*, [2005] 2 R.C.F. 236; 2004 CF 1165; *Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, [2004] 2 R.C.F. 459; (2003), 30 C.P.R. (4th) 40; 315 N.R. 175; 2003 CAF 488; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs c. Landmark Cinemas of Canada Ltd.* (2004), 30 C.P.R. (4th) 257; 316 N.R. 386; 2004 CAF 57; *First Canadians' Constitution Draft Committee, The United Korean Government (Canada) c. Canada* (2004), 238 D.L.R. (4th) 306; 317 N.R. 352; 2004 CAF 93; *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897; (1993), 102 D.L.R. (4th) 96; [1993] 3 W.W.R. 441; 23 B.C.A.C. 1; 77 B.C.L.R. (2d) 62; 14 C.P.C. (3d) 1; 150 N.R. 321; *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907; (2001), 207 D.L.R. (4th) 577; 30 C.B.R. (4th) 6; 280 N.R. 201; 2001 CSC 90; *conf.* (1999), 173 D.L.R. (4th) 493; 239 N.R. 114 (C.A.F.); *conf.* [1997] 3 C.F. 187; (1997), 146 D.L.R. (4th) 736; 46 C.B.R. (3d) 169; 127 F.T.R. 244 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Intercontinental Monetary Corp. v. Performance Guarantees, Inc., 705 F.Supp. 144 (S.D.N.Y. 1989); *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 R.C.S. 450; (2003), 224 D.L.R. (4th) 577; 30 C.P.C. (5th) 1; 2003 CSC 27; *Westec Aerospace Inc. v. Raytheon Aircraft Co.* (1999), 173 D.L.R. (4th) 498; 122 B.C.A.C. 18; 67 B.C.L.R. (3d) 278; 34 C.P.C. (4th) 1 (C.A.); *Elbe Maru, The*, [1978] 1 Lloyd's Rep. 206; *Plibrico (Canada) Ltd. c. Combustion Engineering Canada Inc.* (1990), 30 C.P.R.

(3d) 312; 32 F.T.R. 30 (F.C.T.D.); *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20; 213 D.L.R. (4th) 577; 13 C.C.L.T. (3d) 161; 26 C.P.C. (5th) 206; 160 O.A.C. 1 (C.A.); *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205; (2002), 220 D.L.R. (4th) 54; 28 C.P.C. (5th) 201; 297 N.R. 83; 2002 SCC 78.

REFERRED TO:

Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. v. Castor (The), [2003] 3 F.C. 220; (2002), 297 N.R. 151; 2002 FCA 479; *Broken Hill Proprietary Co Ltd v Hapag-Lloyd Aktiengesellschaft*, [1980] 2 NSWLR 572 (S.C.); *Nedlloyd Colombo, The*, [1995] 2 HKC 655 (C.A.); *Antares Shipping Corporation v. The Ship "Capricorn" et al.*, [1977] 2 S.C.R. 422; (1976), 65 D.L.R. (3d) 105; 7 N.R. 518; *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] A.C. 460 (H.L.); *Abidin Daver, The*, [1984] 1 All ER 470 (H.L.).

AUTHORS CITED

Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 5th ed. Toronto: Butterworths, 2002.

APPEAL from the Prothonotary's decision (2004 FC 1437; [2004] F.C.J. No. 1743 (QL)) staying the plaintiffs' action in the Federal Court for the loss of or damage to cargo carried onboard the defendant ship *Canmar Pride* on the basis that the U.S. District Court of Michigan was the more appropriate forum for the action. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Laurent G. Fortier and Matthew Liben for plaintiffs.
David G. Colford for defendant Orient Overseas Container Line Ltd.
Darren E. G. McGuire for all other defendants.

SOLICITORS OF RECORD:

Stikeman Elliott LLP, Montréal, for plaintiffs.
Brisset Bishop, Montréal, for defendant Orient Overseas Container Line Ltd.
Borden Ladner Gervais LLP, Montréal, for all other defendants.

(3d) 312; 32 F.T.R. 30 (C.F. 1^{re} inst.); *Muscutt c. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20; 213 D.L.R. (4th) 577; 13 C.C.L.T. (3d) 161; 26 C.P.C. (5th) 206; 160 O.A.C. 1 (C.A.); *Spar Aerospace Ltée. c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205; (2002), 220 D.L.R. (4th) 54; 28 C.P.C. (5th) 201; 297 N.R. 83; 2002 CSC 78.

DÉCISIONS CITÉES:

Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. c. Castor (Le), [2003] 3 C.F. 220; (2002), 297 N.R. 151; 2002 CAF 479; *Broken Hill Proprietary Co Ltd v. Hapag-Lloyd Aktiengesellschaft*, [1980] 2 NSWLR 572 (S.C.); *Nedlloyd Colombo, The*, [1995] 2 HKC 655 (C.A.); *Antares Shipping Corporation c. Le Navire «Capricorn» et autres*, [1977] 2 R.C.S. 422; (1976), 65 D.L.R. (3d) 105; 7 N.R. 518; *Spiliada Maritime Corp. c. Cansulex Ltd.*, [1987] A.C. 460 (H.L.); *Abidin Daver, The*, [1984] 1 All ER 470 (H.L.).

DOCTRINE CITÉE

Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 5th ed. Toronto: Butterworths, 2002.

APPEL de la décision du protonotaire (2004 CF 1437; [2004] A.C.F. n° 1743 (QL)) qui a suspendu l'action intentée devant la Cour fédérale par les demandereses pour la perte ou des dommages aux marchandises transportées sur le navire des défendeurs, le *Canmar Pride* au motif que la U.S. District Court de l'État du Michigan constituait le tribunal approprié pour l'action. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Laurent G. Fortier et Matthew Liben pour les demandereses.
David G. Colford pour la défenderesse Orient Overseas Container Line Ltd.
Darren E. G. McGuire pour les autres défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Stikeman Elliott S.E.N.C.R.L., s.r.l., Montréal, pour les demandereses.
Brisset Bishop, Montréal, pour la défenderesse Orient Overseas Container Line Ltd.
Borden Ladner Gervais s.r.l., Montréal, pour les autres défendeurs.

The following are the reasons for order rendered in English by

LEMIEUX J.:

BACKGROUND

[1] The Court is seized, in this proceeding, with an appeal by the plaintiffs (Ford) in this Federal Court action from a decision by Prothonotary Richard Morneau (the Prothonotary), 2004 FC 1437, staying, pursuant to section 50 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 46] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)], the action which the plaintiffs had commenced in this Court on July 22, 2003, naming, as defendants, Orient Overseas Container Line Ltd. (OOCL) on the one hand and the vessel *Canmar Pride* and her owners who are corporations reflecting the interests of CP Ships (U.K.) Ltd. (CP) on the other.

[2] Ford, in the action, claims the defendants are responsible for the loss or damage, estimated at \$6,000,000, at sea of several containers stuffed with automatic transmissions manufactured by the plaintiff Ford Aquitaine Industries SAS, loaded onboard the *Canmar Pride* at Le Havre, France, on March 3, 2003, who discharged her cargo at the Port of Montreal after taking refuge and being surveyed at the Port of Halifax having experienced rough seas in the mid-Atlantic. Upon discharge at the Port of Montreal, the containers in good condition were delivered by rail to Ford car or truck assembly plants in the United States, their ultimate destination.

[3] Prior to instituting its action in Canada, Ford had, on July 2, 2003, commenced an action in the United States District Court for the Eastern District of Michigan, Southern Division, (the U.S. District Court or the U.S. action) for the same loss naming only OOCL as a defendant who, subsequently, third partied the *Canmar Pride* and its owners in the U.S. proceeding claiming they were responsible for the loss.

[4] The record before Prothonotary Morneau also shows Ford attempted to desist itself from the U.S.

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

LE JUGE LEMIEUX:

CONTEXTE

[1] La Cour est saisie en l'espèce d'un appel interjeté par les demanderesse (Ford), en Cour fédérale, à l'encontre d'une décision rendue par le protonotaire Richard Morneau (le protonotaire), 2004 CF 1437 qui a suspendu en vertu de l'article 50 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 46] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)], l'action intentée par les demanderesse devant la Cour le 22 juillet 2003, constituant défendeurs Orient Overseas Container Line Ltd. (OOCL), d'une part, et le navire *Canmar Pride* ainsi que ses propriétaires, personnes morales représentant les intérêts de CP Ships (U.K.) Ltd. (CP), d'autre part.

[2] Ford, dans la poursuite, prétend que les défendeurs sont responsables de la perte ou des dommages évalués à 6 000 000 \$, subis en mer par plusieurs conteneurs remplis de transmissions automatiques fabriquées par la demanderesse, Ford Aquitaine Industries SAS, et chargés le 3 mars 2003 à bord du navire *Canmar Pride* à Le Havre, en France, qui a déchargé sa cargaison au Port de Montréal après avoir trouvé refuge et avoir été examiné au Port d'Halifax à la suite d'une traversée dans des mers houleuses au milieu de l'Atlantique. Après avoir été déchargés au Port de Montréal, les conteneurs qui étaient en bon état ont été livrés par train aux usines d'assemblage de voitures et de camions Ford aux États-Unis, leur destination finale.

[3] Avant d'intenter son action au Canada, Ford avait, le 2 juillet 2003, engagé une action devant la United States District Court for the Eastern District of Michigan, Southern Division (U.S. District Court), pour la même perte, désignant seulement OOCL comme défenderesse qui a, par la suite, mis en cause *Canmar Pride* et ses propriétaires dans l'instance aux États-Unis en prétendant qu'ils étaient responsables de la perte.

[4] Le dossier présenté au protonotaire Morneau révèle en outre que Ford a tenté de se désister de l'action

action it had undertaken but was not permitted to do so in two decisions dated June 21, 2004, rendered by the Honorable Denise Page Hood of the U.S. District Court.

ADDITIONAL FACTS

[5] I recite the following facts to provide the context in which the Prothonotary rendered his decision.

[6] First, prior to loading the containers on the *Canmar Pride* at Le Havre, France, OOCL and Ford had, on February 7, 2003, entered into a Transportation Services Main Agreement (the TSM Agreement) in contemplation that the services of OOCL would be required to make several trips from Europe to the United States carrying automobile parts manufactured by Ford facilities in Europe. The TSM Agreement annexed two exhibits, the first being the Ford Supplemental Ocean Transportation Terms (the Supplemental Terms) and the other entitled Ford Global Terms and Conditions (Ford Global Terms). The TSM Agreement also included a standard form of OOCL's bills of lading.

[7] Second, flowing out of these documents, three contractual clauses deserve mention:

(a) Clause 26 of Ford's Global Terms is a provision identifying choice of forum and choice of law. It reads:

26. (a) A Purchase Order shall be governed by the law of Buyers' principal place of business without regard to conflict of laws provisions thereof, and litigation on contractual causes arising from a Purchase Order shall be brought only in that jurisdiction. For Ford Motor Company, a Delaware corporation and any U.S. subsidiary, joint venture or other operation located in the U.S., the principal place of business will be deemed to be Michigan. The U.N. Convention for the International Sale of Goods is expressly excluded.

(b) Clause 25 of OOCL's standard bill of lading permits OOCL, a well-known and important ocean carrier, to

qu'elle avait intentée aux États-Unis, mais que deux décisions rendues par la juge Denise Page Hood, de la U.S. District Court, en date du 21 juin 2004, ne l'ont pas autorisée à le faire.

FAITS ADDITIONNELS

[5] J'énonce les faits suivants pour situer dans son contexte la décision rendue par le protonotaire.

[6] Premièrement, avant de charger les conteneurs sur le *Canmar Pride* à Le Havre, en France, OOCL et Ford avaient conclu, en date du 7 février 2003, une entente de service intitulée Transportation Services Main Agreement (l'entente TSM) en prévision du fait que les services de OOCL seraient nécessaires pour plusieurs voyages de l'Europe vers les États-Unis afin de transporter des pièces d'automobile fabriquées dans les installations de Ford en Europe. L'entente TSM comportait deux pièces, la première étant les Ford Supplemental Ocean Transportation Terms (les Conditions supplémentaires) et l'autre, les Ford Global Terms and Conditions (les Conditions globales de Ford). L'entente TSM inclut également un connaissance standard de OOCL.

[7] Deuxièmement, trois clauses contractuelles tirées de ces documents sont dignes de mention:

a) La clause 26 des Conditions globales de Ford est une clause attributive de compétence qui porte également sur le choix de la législation applicable. Elle est ainsi conçue:

[TRADUCTION] 26. (a) Un bon de commande est régi par la loi du principal établissement de l'acheteur, sans égard à ses dispositions sur le conflit de lois, et les litiges portant sur des causes contractuelles qui découlent d'un bon de commande doivent être soumis seulement à ce ressort. Dans le cas de Ford Motor Company, une société du Delaware, et toute filiale des États-Unis, coentreprise ou autre exploitation située aux États-Unis, l'établissement principal sera réputé être au Michigan. La Convention des Nations Unies relative aux contrats de vente internationale de marchandises est expressément exclue.

b) La clause 25 du connaissance standard de OOCL autorise OOCL, transporteur maritime bien connu et

subcontract any of its obligations under the bill of lading and, in particular, to subcontract the carriage of cargo so covered to another carrier. OOCL did so pursuant to a slot agreement which it had entered into with CP. This explains why the *Canmar Pride* was loaded with the Ford containers at Le Havre, France, for transport to Montréal for discharge there and furtherance to Ford plants in the United States under bills of lading issued in France by OOCL naming Ford Aquitaine as the shipper and Ford plants in the U.S. as consignees. Also, in Clause 25(b) is an undertaking by Ford not to sue any OOCL subcontractor.

(c) Clause 10 of the TSM Agreement provided that, except as otherwise specified in the Agreement, OOCL's liability for loss or damage of Ford's goods shall be determined by OOCL's standard bill of lading which states:

All carriage under this Bill of Lading . . . shall have effect subject to any legislation enacted in any country making The Hague or Hague-Visby Rules compulsorily applicable and in the absence of any such legislation in accordance with The Hague Rules or COGSA in the case of carriage to and from the United States of America. [Emphasis mine.]

[8] The mention of the COGSA in Clause 4(2)(c) of OOCL's bill of lading is a reference to the United States *Carriage of Goods by Sea Act* [46 U.S.C. App. §1300 (2000)]. Its reference to the Hague-Visby Rules is a reference to the Rules embodied in the *International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, concluded at Brussels, August 25, 1924, and Protocol concluded at Brussels, February 23, 1968, and Additional Protocol concluded at Brussels, December 21, 1979*. Those Rules have force of law in Canada under the *Marine Liability Act* enacted by Parliament in 2001 [S.C. 2001, c. 6].

[9] COGSA and the Hague-Visby Rules deal with an ocean carrier's limitation of liability in case of loss or

important, à sous-traiter l'une quelconque de ses obligations prévue dans le connaissement et, en particulier, à sous-traiter le fret ainsi visé à un autre transporteur. OOCL s'est prévalu de cette disposition aux termes d'une entente sur l'espace disponible qu'elle avait conclue avec le CP, ce qui explique la raison pour laquelle le *Canmar Pride* a été chargé de conteneurs de Ford à Le Havre, en France, en vue du transport à Montréal, du déchargement dans cette ville, et de l'acheminement ultérieur aux usines de Ford aux États-Unis en vertu des connaissements délivrés en France par OOCL et désignant Ford Aquitaine comme expéditeur et les usines de Ford aux États-Unis comme consignataires. En outre, la clause 25(b) comporte un engagement de la part de Ford de ne poursuivre aucun sous-traitant de OOCL.

c) La clause 10 de l'entente TSM prévoyait que, sauf disposition contraire dans l'entente, la responsabilité de OOCL en ce qui touche les pertes ou les dommages aux biens de Ford est établie par le connaissement standard de OOCL qui porte que:

[TRADUCTION] Tous les transports effectués aux termes de ce connaissement [. . .] s'appliquent sous réserve de toute loi promulguée dans tout pays qui rend les Règles de La Haye ou les Règles de LaHaye-Visby d'application obligatoire et en l'absence de toute autre loi conforme aux Règles de La Haye ou à la COGSA dans le cas du transport à destination et en provenance des États-Unis d'Amérique. [Non souligné dans l'original.]

[8] La mention de la COGSA à la clause 4(2)c) du connaissement de OOCL constitue un renvoi à la *Carriage of Goods by Sea Act* des États-Unis [46 U.S.C. App. § 1300 (2000)]. Son renvoi aux Règles de La Haye-Visby représente un renvoi aux Règles intégrées à la *Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement conclue à Bruxelles, 25 août 1924, et protocole conclu à Bruxelles, 23 février 1968 et protocole supplémentaire conclu à Bruxelles, 21 décembre 1979*. Ces Règles ont force de loi au Canada en vertu de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* promulguée par le Parlement en 2001 [L.C. 2001, ch. 6].

[9] La COGSA et les Règles de La Haye-Visby traitent de la limitation de la responsabilité d'un transporteur

damage. The question whether the U.S. or Hague-Visby Rules on limitation of liability apply is central to the litigation between the parties, whether in this Court or in the U.S. District Court, because the limit on liability under COGSA is very much lower than the monetary limit of liability under the Hague-Visby Rules. OOCL, in its defence filed in the U.S. action, claims that COGSA applies which would limit its liability to \$210,000 or \$500 per lost/damaged container. Under the Hague-Visby Rules, if applicable, Ford would have the opportunity to collect significantly higher damages in the range of US \$4,500,000.

[10] In the record before Prothonotary Morneau were Judge Hood's two decisions. Those decisions could not be appealed by Ford.

[11] Her first decision dealt with the defendant OOCL's motion to invalidate Ford's voluntary notice of dismissal of its U.S. action. The defendant was successful.

[12] Judge Hood quashed Ford's notice to discontinue its U.S. action on the sole ground Ford had not complied with the Court's procedural rules. She ordered the action to be reinstated on the Court's active docket.

[13] The second decision rendered by Judge Hood dealt with a motion by Ford to dismiss OOCL's counterclaim and OOCL's request for declaratory judgment. One of the premises to Ford's motion was that Ford had filed an identical cause of action in Canada and Ford's assertion that the Canadian Federal Court forum was the proper jurisdiction in which the matter should be litigated. Judge Hood denied Ford's motion and concluded the U.S. District Court would continue to exercise its jurisdiction over Ford's U.S. action.

[14] Judge Hood reviewed the relevant facts including the fact Ford had sought and obtained from a P & I

maritime dans les cas de pertes ou de dommages. La question de savoir si les règles des États-Unis ou les Règles de La Haye-Visby sur la limitation de la responsabilité s'appliquent est cruciale pour le litige entre les parties, que ce soit devant la Cour ou devant la U.S. District Court, parce que la limite de responsabilité en vertu de la COGSA est beaucoup moindre que la limitation pécuniaire rattachée à la responsabilité aux termes des Règles de La Haye-Visby. OOCL, dans sa défense déposée dans l'action intentée aux États-Unis, prétend que la COGSA s'applique et limiterait sa responsabilité à 210 000 \$ ou 500 \$ par conteneur perdu ou endommagé. En vertu des Règles de La Haye-Visby, s'il y a lieu, Ford aurait l'occasion de percevoir des dommages-intérêts beaucoup plus élevés, de l'ordre de 4 500 000 \$ US.

[10] Les deux décisions de la juge Hood se trouvaient dans le dossier présenté au protonotaire Morneau. Ford ne pouvait interjeter appel de ces décisions.

[11] Sa première décision portait sur la requête de la défenderesse OOCL visant à invalider l'avis de Ford relatif au désistement volontaire de son action aux États-Unis. La défenderesse a eu gain de cause.

[12] La juge Hood a annulé l'avis donné par Ford en vue de se désister de son action aux États-Unis pour le seul motif que Ford ne s'était pas conformée aux règles de procédure de la Cour. Elle a ordonné que l'action soit de nouveau inscrite au rôle actif de la Cour.

[13] La deuxième décision rendue par la juge Hood portait sur une requête de Ford qui visait à faire rejeter la demande reconventionnelle de OOCL ainsi que la demande de jugement déclaratoire de OOCL. L'un des arguments invoqués à l'appui de la requête de Ford était que cette société avait fait valoir une cause d'action identique au Canada et que la Cour fédérale était la juridiction appropriée qui devrait être saisie du litige. La juge Hood a rejeté la requête de Ford et a conclu que la U.S. District Court continuerait d'exercer sa compétence sur l'action de Ford aux États-Unis.

[14] La juge Hood a examiné les faits pertinents, y compris le fait que Ford a demandé et obtenu d'un club

[protection and indemnity] club a letter of understanding from the mutual insurers of the *Canmar Pride* and its owners which stood as security for any judgment contingent, however, upon a proceeding being brought in the Federal Court in Montréal, which Ford did. It was because of this and, as argued by Ford before Judge Hood, the Canadian action involved all of the defendants who might be jointly and severally liable, that Ford argued before Judge Hood the Canadian action was more “plenary and complete,” which led Judge Hood to write “Plaintiffs request that this Court defer jurisdiction to the Canadian Federal Court, and dismiss this matter . . . as it would promote judicial economy to do so.”

[15] Before Judge Hood, OOCL argued the parties were contractually bound to litigate the action in a state or federal court where Michigan law governed. The defendants also told Judge Hood they offered to substitute the Canadian security with identical security which would be enforceable in Michigan.

[16] The defendants described Ford’s attempt to dismiss the U.S. action and their “encouragement of the Canadian claim to move forward as forum shopping”. Judge Hood wrote the following:

Defendant maintains that there is a monetary liability limit that would be adhered to in this Court (\$210,000.00 or \$500.00 per lost/damaged package). In Canada, Plaintiffs would have the opportunity to collect a significantly greater recovery if they were to prevail in this case (\$4,500,000.00). Therefore, Defendant contends that this is the basis and motive for Plaintiffs’ “race to the courthouse” to dismiss this matter so that the cause of action in Canada can be litigated in that jurisdiction.

[17] Finally, Judge Hood reviewed the status of the Canadian action and the U.S. action. She identified that no party had made an appearance in the Canadian action. She stated the Canadian action was not presently progressing and would not proceed until the defendants were afforded an opportunity to file their motion to

P & I [protection et indemnisation] une lettre d’entente des assureurs mutuels du *Canmar Pride* et de ses propriétaires qui constituait un cautionnement applicable à tout jugement sous réserve, toutefois, de l’engagement d’une action devant la Cour fédérale, à Montréal, ce qu’a fait Ford. C’est pour ce motif et, comme Ford l’a soutenu devant la juge Hood, parce que l’action intentée au Canada mettait en cause tous les défendeurs qui pourraient être tenus solidairement responsables, que Ford a fait valoir devant la juge Hood que l’action canadienne était davantage [TRADUCTION] «plénière et complète», ce qui amené la juge Hood à écrire que [TRADUCTION] «des demanderesse demandent que la présente Cour défère à la Cour fédérale du Canada et rejette l’instance [. . .] ce qui contribuerait à l’économie des ressources judiciaires.»

[15] Devant la juge Hood, OOCL a soutenu que les parties étaient tenues par contrat d’entamer l’action devant une cour d’état ou un tribunal fédéral où la loi du Michigan serait applicable. Les défendeurs ont également dit à la juge Hood qu’ils offraient de substituer à la garantie canadienne une garantie identique qui serait exécutoire au Michigan.

[16] Les défendeurs ont qualifié la tentative de Ford pour se désister de son action aux États-Unis et son [TRADUCTION] «encouragement de la poursuite de l’instance canadienne de recherche du tribunal favorable». La juge Hood a écrit ce qui suit:

[TRADUCTION] La défenderesse prétend qu’il existe une limitation pécuniaire de responsabilité à laquelle la présente Cour adhérerait (210 000 \$ ou 500 \$ par colis perdu ou endommagé). Au Canada, les demanderesse auraient l’occasion de toucher une somme d’argent beaucoup plus élevée si leur demande était accueillie en l’espèce (4 500 000 \$). Par conséquent, la défenderesse fait valoir que c’est sur ce fondement et pour ce mobile que les demanderesse «se précipitent au tribunal» pour faire rejeter la présente instance afin que la cause d’action au Canada puisse y être instruite.

[17] Enfin, la juge Hood s’est penchée sur l’état de l’action canadienne et de l’action américaine. Elle a relevé le fait qu’aucune partie n’avait comparu dans le cadre de l’action intentée au Canada. Elle a affirmé que l’action canadienne ne progresse pas à l’heure actuelle et qu’elle ne progresserait pas tant que les défendeurs

stay the Canadian action.

[18] Judge Hood's analysis spoke to several considerations but I need only focus on one which involved the doctrine of *forum non conveniens* referred to in a case which was cited to her—the case of *Intercontinental Monetary Corp. v. Performance Guarantees, Inc.*, 705 F.Supp. 144 (S.D.N.Y. 1989), a case involving the transfer of venue from one court to another in the United States.

[19] From that case [at page 151], Judge Hood quoted the following extract:

A wide variety of factors are relevant to such a determination including plaintiff's choice of forum, the relative congestion of Court calendars, the court's familiarity with applicable state law, the availability and convenience of witnesses and other sources of proof, and "all other practical problems that make trial of a case easy, expeditious and inexpensive . . .". All relevant factors are to be considered, and none are dispositive standing alone.

Plaintiff's choice of forum is entitled to "substantial consideration". If defendant has additionally consented to jurisdiction in a particular forum, then these two factors combined weigh very heavily against a transfer order. . . . Still, to overcome the weight of plaintiff's choice of forum and defendant's consent to jurisdiction, unusually strong considerations of witness availability would have to exist favouring a transfer. [Emphasis mine.]

[20] Judge Hood concluded as follows:

Besides arguing that the "first to file" and the "plenary and complete" positions set forth above, Plaintiff has failed to articulate to this Court's satisfaction the other factors set forth in *Intercontinental* which would support the Canadian court being the proper jurisdiction in which to litigate this matter. [Emphasis mine.]

[21] One last point needs to be mentioned. Prothonotary Morneau had before him a number of affidavits including those from counsel acting before the U.S. District Court and, in particular, the affidavit of Thomas Tisdale, one of OOCL's attorneys and the other

n'auront pas eu l'occasion de déposer leur requête en suspension de l'action intentée au Canada.

[18] L'analyse de la juge Hood traitait de plusieurs facteurs, mais je n'ai qu'à me concentrer sur l'un des facteurs qui touche la doctrine du *forum non conveniens* (le tribunal qui ne convient pas) invoquée dans une affaire qui lui a été citée, soit la décision *Intercontinental Monetary Corp. v. Performance Guarantees, Inc.*, 705 F.Supp. 144 (S.D.N.Y. 1989), portant sur le renvoi d'un tribunal à un autre aux États-Unis.

[19] De cette décision [à la page 151], la juge Hood a cité l'extrait suivant:

[TRADUCTION] Une multitude de critères s'appliquent de façon pertinente pour prendre une telle décision, y compris le choix du tribunal par la demanderesse, la congestion relative du rôle de la Cour, la connaissance de la loi applicable de l'État qu'a le tribunal, la disponibilité et l'utilité des témoins et des autres sources de preuve, ainsi que «tous les autres problèmes pratiques qui rendent l'instruction d'une affaire facile, rapide et peu coûteuse». Il faut prendre en considération tous les facteurs pertinents et aucun d'entre eux n'est déterminant à lui seul.

Le choix du tribunal par la demanderesse est un «facteur important». Si la défenderesse a, de plus, acquiescé à la compétence d'un tribunal, ces deux facteurs combinés pèsent très lourd contre une ordonnance de renvoi [. . .] Il n'en demeure pas moins que pour surpasser le poids du choix du tribunal par la demanderesse et l'acquiescement de la défenderesse à la compétence, le facteur de la disponibilité des témoins devrait revêtir une importance inhabituelle pour favoriser le renvoi. [Non souligné dans l'original.]

[20] La juge Hood a conclu de la façon suivante:

[TRADUCTION] Hormis les thèses du «premier déposant» et de l'action davantage «plénière et complète» exposées précédemment, la demanderesse n'a pas exprimé de façon à convaincre la Cour les autres facteurs énoncés dans *Intercontinental* qui appuieraient le choix du tribunal canadien pour l'instruction de cette affaire. [Non souligné dans l'original.]

[21] Il convient de mentionner un dernier point. Le protonotaire Morneau a été saisi d'un certain nombre d'affidavits, y compris ceux qui lui ont été soumis par des avocats occupant devant la U.S. District Court et, en particulier, l'affidavit de Thomas Tisdale, l'un des

a reply affidavit by James F. Sweeney, one of Ford's attorneys. Also on file, were their supplemental affidavits.

[22] Mr. Tisdale's lead affidavit was to describe his reasons why Ford's Canadian action was "vexatious and should either be dismissed or stayed."

[23] Pointing to Clause 26 of the TSM Agreement and Clause 25 of OOCL's bill of lading dealing with suing subcontractors, Mr. Tisdale maintained COGSA governed the limits of liability in this case and that, in the Canadian action, CP had improperly been sued directly.

[24] On the other hand, Mr. Sweeney replied that Ford's action in the U.S. was simply a "protective action" pending the filing of suit in Canada, that COGSA had no application to the carriage because U.S. ports were not involved and OOCL had, in the U.S. action, impleaded CP as a third party. In terms of limit of liability, he asserted OOCL's bill of lading stipulated the Hague-Visby Rules which, under the laws of France or the laws of Canada, applied compulsorily.

THE PROTHONOTARY'S DECISION

[25] Prothonotary Morneau addressed three main issues.

[26] First, he ruled section 46 of the *Marine Liability Act* enacted in 2001 did not oust this Court's jurisdiction under section 50 of the *Federal Courts Act* to grant a stay on grounds different than the choice of forum stipulated in a contract of carriage.

[27] In doing so, he relied upon Prothonotary Milczynski's decision in *Magic Sportswear Corp. v. OT Africa Line Ltd.*, 2003 FC 1513, which was upheld by Justice O'Keefe at [sub. nom *Magic Sportswear Corp. v. Mathilde Maersk (The)*], [2005] 2 F.C.R. 236 (F.C.). Prothonotary Milczynski had referred to a statement by

avocats de OOCL. Le protonotaire a également été saisi d'un affidavit en réponse de M^e James F. Sweeney, l'un des avocats de Ford. Leurs affidavits supplémentaires faisaient également partie du dossier.

[22] L'affidavit principal de M^e Tisdale avait pour but d'exposer les motifs pour lesquels l'action canadienne de Ford était [TRADUCTION] «vexatoire et devrait être soit rejetée soit suspendue».

[23] Attirant l'attention sur la clause 26 de l'entente TSM et sur la clause 25 du connaissement de OOCL qui portent sur les poursuites contre les sous-traitants, M^e Tisdale prétendait que la GOGSA régissait la limitation de responsabilité en l'espèce et que dans l'action canadienne, la société CP avait été directement poursuivie de façon non fondée.

[24] Par ailleurs, M^e Sweeney a répliqué que l'action de Ford aux États-Unis constituait tout simplement une «action conservatoire» en attendant le dépôt d'une poursuite au Canada, que COGSA ne s'appliquait pas au transport parce que les ports des États-Unis n'étaient pas concernés et que OOCL avait, dans le cadre de l'action intentée aux États-Unis, mis la société CP en cause. En ce qui a trait à la limitation de responsabilité, il a fait valoir que le connaissement de OOCL prévoyait que les Règles de La Haye-Visby étaient, en vertu des lois de la France ou du Canada, d'application obligatoire.

LA DÉCISION DU PROTHONOTAIRE

[25] Le protonotaire Morneau a traité de trois grandes questions.

[26] Premièrement, il a statué que l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, promulguée en 2001, n'a pas exclu la compétence de la Cour en vertu de l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales* d'accorder une suspension pour d'autres motifs que le choix du tribunal prévu dans le contrat de transport.

[27] En ce faisant, il a invoqué la décision de la protonotaire Milczynski dans *Magic Sportswear Corp. c. OT Africa Line Ltd.*, 2003 CF 1513, qui a été confirmée par le juge O'Keefe dans [sub. nom *Magic Sportswear Corp. c. Mathilde Maersk (Le)*], [2005] 2 R.C.F. 236 (C.F.). La protonotaire Milczynski s'est

Justice Bastarache in the Supreme Court of Canada's decision of *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 S.C.R. 450, and the Federal Court of Appeal's decision in *Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. v. Castor (The)*, [2003] 3 F.C. 220, and she concluded at paragraphs 16 and 17 as follows:

These passages make clear that section 46 of the *Marine Liability Act* negates the determinative effect of forum selection clauses that would otherwise require adjudication in a jurisdiction other than Canada. They do not displace the jurisdiction of this Court under section 50 of the *Federal Court Act* to exercise its discretion in the appropriate circumstances to order a stay of proceedings, including consideration of the doctrine of *forum non conveniens*.

In determining whether the Court should exercise its discretion to order a stay in these types of proceedings, a number of factors must be taken into account, including the jurisdiction in which the evidence is situated, the application of foreign law, with what country each party has a connection, whether the Defendant is seeking a procedural advantage by relying on the forum selection clause, and whether the Plaintiff would suffer any prejudice by having to pursue its claim in another jurisdiction. [Emphasis mine.]

[28] It is convenient at this point to cite section 46 of the *Marine Liability Act* in its entirety:

46. (1) If a contract for the carriage of goods by water to which the Hamburg Rules do not apply provides for the adjudication or arbitration of claims arising under the contract in a place other than Canada, a claimant may institute judicial or arbitral proceedings in a court or arbitral tribunal in Canada that would be competent to determine the claim if the contract had referred the claim to Canada, where

- (a) the actual port of loading or discharge, or the intended port of loading or discharge under the contract, is in Canada;
- (b) the person against whom the claim is made resides or has a place of business, branch or agency in Canada; or
- (c) the contract was made in Canada.

(2) Notwithstanding subsection (1), the parties to a contract referred to in that subsection may, after a claim arises under the

référé aux propos du juge Bastarache dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 R.C.S. 450, et à la décision de la Cour d'appel fédérale *Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. c. Castor (Le)*, [2003] 3 C.F. 220, et elle a conclu aux paragraphes 16 et 17 de la façon suivante:

Ces passages montrent clairement que l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime annule l'effet déterminant des clauses d'élection de for en vertu desquelles une décision devrait être rendue dans un ressort autre que le Canada. Cela n'écarte pas la compétence qui est conférée à la Cour par l'article 50 de la Loi sur la Cour fédérale, la Cour pouvant exercer son pouvoir discrétionnaire, le cas échéant, en vue d'ordonner la suspension des procédures et tenir notamment compte de la doctrine du forum non approprié.*

En déterminant si la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire afin d'ordonner la suspension dans ces types de procédures, un certain nombre de facteurs doivent entrer en ligne de compte, y compris le ressort dans lequel se trouve la preuve, l'application du droit étranger, le pays avec lequel chaque partie est liée, la question de savoir si le défendeur cherche à obtenir un avantage procédural en invoquant la clause d'élection de for et la question de savoir si le demandeur subit un préjudice s'il se voit obligé de poursuivre sa demande dans un autre ressort. [Non souligné dans l'original.]

[28] À ce stade, il convient de citer intégralement l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*:

46. (1) Lorsqu'un contrat de transport de marchandises par eau, non assujéti aux règles de Hambourg, prévoit le renvoi de toute créance découlant du contrat à une cour de justice ou à l'arbitrage en un lieu situé à l'étranger, le réclamant peut, à son choix, intenter une procédure judiciaire ou arbitrale au Canada devant un tribunal qui serait compétent dans le cas où le contrat aurait prévu le renvoi de la créance au Canada, si l'une ou l'autre des conditions suivantes existe:

- a) le port de chargement ou de déchargement—prévu au contrat ou effectif—est situé au Canada;
- b) l'autre partie a au Canada sa résidence, un établissement, une succursale ou une agence;
- c) le contrat a été conclu au Canada.

(2) Malgré le paragraphe (1), les parties à un contrat visé à ce paragraphe peuvent d'un commun accord désigner,

contract, designate by agreement the place where the claimant may institute judicial or arbitral proceedings.

[29] It is also useful to quote paragraphs 37 and 38 of Justice Bastarache's reasons in *Z.I. Pompey Industrie*:

Section 46(1) of the *Marine Liability Act*, which entered into force on August 8, 2001, has the effect of removing from the Federal Court its discretion under s. 50 of the *Federal Court Act* to stay proceedings because of a forum selection clause where the requirements of s. 46(1)(a), (b), or (c) are met. This includes where the actual port of loading or discharge is in Canada. In this case, there would be no question that the Federal Court is an appropriate forum to hear the respondents' claim but for the fact that s. 46 does not apply to judicial proceedings commenced prior to its coming into force: *Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. v. Ship Castor* (2002), 297 N.R. 151, 2002 FCA 479, at paras. 13-24. Section 46 of the *Marine Liability Act* is therefore irrelevant in this appeal.

Indeed, s. 46(1) would appear to establish that, in select circumstances, Parliament has deemed it appropriate to limit the scope of forum selection clauses by facilitating the litigation in Canada of claims related to the carriage of goods by water having a minimum level of connection to this country. Such a legislative development does not, however, provide support for the fundamental jurisprudential shift made by the Court of Appeal in the case at bar. To the contrary, s. 46(1) indicates Parliament's intent to broaden the jurisdiction of the Federal Court only in very particular instances that can easily be ascertained by a prothonotary called upon to grant a stay of proceedings pursuant to the forum selection clause of a bill of lading. Section 46(1) in no way mandates a prothonotary to consider the merits of the case, an approach in line with the general objectives of certainty and efficiency, which underlie this area of the law. [Emphasis mine.]

[30] In terms of the second main issue, i.e. the proper principles which should guide the exercise of his discretion to grant a stay or not, Prothonotary Morneau quoted subsection 50(1) of the *Federal Courts Act* which grants this Court the discretion to stay proceedings before it. I reproduce this subsection:

50. (1) The Federal Court of Appeal or the Federal Court may, in its discretion, stay proceedings in any cause or matter

postérieurement à la créance née du contrat, le lieu où le réclamant peut intenter une procédure judiciaire ou arbitrale.

[29] Il est également utile de citer les paragraphes 37 et 38 des motifs du juge Bastarache dans *Z.I. Pompey Industrie*:

Entré en vigueur le 8 août 2001, le par. 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* prive la Cour fédérale, en présence de l'une ou l'autre des conditions énoncées aux al. 46(1)a), b) ou c), du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* de suspendre les procédures pour donner effet à une clause d'élection de for. Le fait que le port de chargement ou de déchargement effectif est situé au Canada fait partie des conditions énoncées. Dans la présente affaire, nul ne contesterait que la Cour fédérale a compétence pour connaître de la demande des intimées si ce n'était que l'art. 46 ne s'applique pas aux procédures engagées avant son entrée en vigueur: *Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. c. Castor (Le)*, [2002] A.C.F. no 1699 (QL), 2002 CAF 479, par. 13-24. L'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* n'est donc pas pertinent en l'espèce.

En fait, il semblerait, à la lecture du par. 46(1), que le législateur a jugé opportun, dans des circonstances bien précises, de limiter la portée des clauses d'élection de for en facilitant l'instruction au Canada des demandes se rapportant au transport maritime de marchandises et ayant un lien minimal avec notre pays. Cette mesure législative ne justifie cependant pas le revirement jurisprudenciel fondamental de la Cour d'appel en l'espèce. Au contraire, le par. 46(1) témoigne de l'intention du législateur de n'élargir la compétence de la Cour fédérale que dans des cas bien particuliers que pourra facilement identifier le protonotaire saisi d'une demande de suspension fondée sur la clause d'élection de for d'un connoissement. Le paragraphe 46(1) n'oblige aucunement le protonotaire à examiner le bien-fondé de l'instance, une démarche conforme aux objectifs généraux de certitude et d'efficacité sous-jacents à ce domaine du droit. [Non souligné dans l'original.]

[30] En ce qui concerne la deuxième question principale, soit les principes adéquats qui devraient orienter l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'accorder une suspension ou non, le protonotaire Morneau a cité le paragraphe 50(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* qui confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire de suspendre une instance dont elle est saisie. Je reproduis ce paragraphe:

50. (1) La Cour d'appel fédérale et la Cour fédérale ont le pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures dans toute affaire:

(a) on the ground that the claim is being proceeded with in another court or jurisdiction; or

(b) where for any other reason it is in the interest of justice that the proceedings be stayed. [Emphasis mine.]

[31] He was of the view paragraph 50(1)(a) was applicable because of the existence of the U.S. action which would continue to go forward because of Judge Hood's decisions.

[32] The learned Prothonotary cited the following passages from Jean-Gabriel Castel's *Canadian Conflict of Laws*, 5th ed., Toronto: Butterworths [at pages 13-25 and 13-26]:

In two recent decisions of the British Columbia Court of Appeal, one dealing with a parallel proceeding in Ontario and the other with a parallel proceeding in Kansas: *472900 B.C. Ltd. v. Thrifty Canada* ((1998), 168 D.L.R. (4th) 602 (B.C.C.A.)), and *Westec Aerospace Inc. v. Raytheon Aircraft Co.* ((1999), 173 D.L.R. (4th) 498 (B.C.C.A.)), leave to appeal to S.C.C. granted, [1999] S.C.C.A. No. 298, the other court was first seized and the British Columbia courts agreed that the other court was not an inappropriate forum. In both cases the British Columbia courts granted stays, tailoring the test for *forum non conveniens* to take account of the special considerations that apply in situations of parallel proceedings. The court in *Thrifty* developed the following test that was endorsed by the court in *Westec*:

- (1) Are there parallel proceedings underway in another jurisdiction?
- (2) If so, is the other jurisdiction an appropriate forum for the resolution of the dispute?
- (3) Assuming there are parallel proceedings in another appropriate forum, has the plaintiff established objectively by cogent evidence that there is some personal or juridical advantage that would be available to him only in the British Columbia action that is of such importance that it would cause injustice to him to deprive him of it?

An appeal to the Supreme Court of Canada in *Westec* was dismissed without reasons after an adjournment prompted by the revelation that the issue might be moot in view of the fact that the Kansas court had granted summary judgment in the parallel proceedings.

a) au motif que la demande est en instance devant un autre tribunal;

b) lorsque, pour quelque autre raison, l'intérêt de la justice l'exige. [Non souligné dans l'original.]

[31] Il était d'avis que l'alinéa 50(1)a) s'appliquait en raison de l'existence de l'action intentée aux États-Unis qui se poursuivrait en raison des décisions de la juge Hood.

[32] Le protonotaire a cité les passages suivants de l'ouvrage intitulé *Canadian Conflict of Laws*, 5^e édition, Toronto: Butterworths, de Jean-Gabriel Castel [aux pages 13-25 et 13-26]:

[TRADUCTION] Dans deux décisions récentes de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, l'une portant sur une instance parallèle engagée en Ontario et l'autre, sur une instance parallèle engagée au Kansas, soit: *472900 B.C. Ltd. v. Thrifty Canada* ((1998), 168 D.L.R. (4th) 602 (C.A.C.-B.)), et *Westec Aerospace Inc. v. Raytheon Aircraft Co.* ((1999), 173 D.L.R. (4th) 498 (C.A.C.-B.)), demande d'autorisation de pourvoi devant la C.S.C. accueillie, [1999] S.C.C.A. No. 298, l'autre tribunal a d'abord été saisi de l'affaire et les tribunaux de la Colombie-Britannique ont convenu que l'autre tribunal ne constituait par un tribunal non approprié. Dans les deux cas, les tribunaux de la Colombie-Britannique ont accordé des suspensions, en adaptant le critère du *forum non conveniens* de manière à tenir compte des facteurs particuliers qui s'appliquent dans des situations d'instances parallèles. La cour, dans *Thrifty*, a élaboré le critère suivant que la cour a accepté dans *Westec*:

- 1) Une instance parallèle est-elle en cours dans un autre ressort?
- 2) Dans l'affirmative, l'autre ressort est-il approprié pour régler le différend?
- 3) À supposer qu'il y ait une instance parallèle devant un autre tribunal approprié, le demandeur a-t-il établi objectivement au moyen d'une preuve convaincante qu'il existe un avantage personnel ou juridique auquel il aurait accès seulement dans le cadre d'une action en Colombie-Britannique qui revêt une telle importance qu'il serait injuste de l'en priver?

Un appel devant la Cour suprême du Canada dans *Westec* a été rejeté sans motifs, après un ajournement déclenché par la révélation que la question pourrait se révéler théorique compte tenu du fait que le tribunal du Kansas avait rendu un jugement sommaire en l'instance.

[33] At paragraph 25 of his reasons, the Prothonotary was of the opinion the U.S. action met the first two criteria of *Westec Aerospace Inc. v. Raytheon Aircraft Co.* (1999), 173 D.L.R. (4th) 498 (B.C.C.A.), namely the U.S. action was a parallel action before an appropriate forum in the U.S. District Court.

[34] He concluded Ford failed to meet the third prong of the *Westec* test and expressed himself at paragraphs 26 and 27 of his decision as follows:

As to the third criterion, I do not think that Ford, from the evidence it has submitted in opposition to the motions at bar, that is, the affidavits of Mr. Sweeney dated March 25 and June 9, 2004, has established the proof sought by virtue of the third criterion in the *Westec* decision.

Ford's major point in this regard is that the Court in the Michigan action will lean toward the American legislation, the *Carriage of Goods by Sea Act*, 46 USC § 1300 et seq. (COGSA), which establishes some liability limits for OOCL that are lower than if the action were to proceed in this Court, in which case the Court would be more inclined to apply the Hague Rules as amended by the Visby Rules (the Hague-Visby Rules).

[35] After referring to the extract from Judge Hood's decision quoted at paragraph 19 of these reasons, Prothonotary Morneau concluded at paragraphs 29 and 30 as follows:

Before our Court, the parties on both sides filed affidavits by their U.S. counsel in which they fiercely dispute which rules, the COGSA or the *Hague-Visby Rules*, should govern the determination of liability, if found, in the defendants. This is a very complex question that will probably be argued in the Michigan action as it would also be in this Court if the present action were not to be stayed.

It can therefore be concluded, however, that this debate means that for the purposes of the third criterion in the *Westec* test, Ford has not established objectively by cogent evidence that it would enjoy in Canada some juridical advantage that it could not have in the action in Michigan. [Emphasis added.]

[36] The third main point covered by the Prothonotary dealt with the argument presented by CP that Clause 25 of OOCL's bill of lading barred Ford from naming CP as a defendant in the Canadian action. Prothonotary

[33] Au paragraphe 25 de ses motifs, le protonotaire s'est dit d'avis que l'action intentée aux États-Unis répondait aux deux premiers critères de *Westec Aerospace Inc. v. Raytheon Aircraft Co.* (1999), 173 D.L.R. (4th) 498 (C.A.C.-B.), à savoir qu'elle constituait une action parallèle devant un tribunal approprié de la U.S. District Court.

[34] Il a conclu que Ford n'a pas satisfait au troisième volet du critère de l'arrêt *Westec* et s'est exprimé aux paragraphes 26 et 27 de sa décision de la façon suivante:

Quant au troisième critère, je ne considère pas que Ford ait rencontré, de par la preuve soumise par elle à l'encontre des requêtes à l'étude, soit les affidavits de M. Sweeney daté du 25 mars et du 9 juin 2004, la preuve recherchée de par le troisième critère de l'arrêt *Westec*.

Le point majeur de Ford sous cet aspect est que la Cour dans l'action au Michigan penchera vers la loi américaine intitulée *Carriage of Goods by Sea Act*, 46 U.S.C. § 1300 et ss. (COGSA) qui établit des limites de responsabilité pour OOCL plus basses que si l'action procède devant notre Cour, où là, la Cour serait plutôt encline à appliquer les Règles de LaHaye telles qu'amendées par les Règles de Visby (les Règles de LaHaye-Visby).

[35] Après avoir fait référence à un extrait de la décision de la juge Hood cité au paragraphe 19 des présents motifs, le protonotaire Morneau a conclu aux paragraphes 29 et 30 comme suit:

Les parties devant notre Cour ont déposé de part et d'autres des affidavits de leurs procureurs américains où ces derniers contestent âprement qui de COGSA ou des *Règles de LaHaye-Visby* devrait gouverner la détermination de la responsabilité, si elle est retenue, des défendeurs. C'est là une question fort complexe qui sera vraisemblablement débattue dans l'action au Michigan et qui le serait également devant notre Cour si l'action présente devait ne pas être suspendue.

On peut donc conclure toutefois que ce débat fait que pour les fins du troisième critère de l'arrêt *Westec*, Ford n'a pas établi objectivement par une preuve convaincante qu'elle bénéficierait au Canada d'un avantage juridique qu'elle ne saurait avoir dans l'action au Michigan. [Non souligné dans l'original.]

[36] Le troisième point principal étudié par le protonotaire consistait dans l'argument présenté par CP selon lequel la clause 25 du connaissement de OOCL interdisait à Ford de constituer CP défenderesse dans

Morneau found favour in CP's position specifically invoking paragraph 50(1)(b) of the *Federal Courts Act* finding Ford in the TSM Agreement, and, in particular, by Clause 25 of OOCL's standard bill of lading issued to Ford, there was an undertaking by Ford, the shipper, not to sue any OOCL subcontractor. The Prothonotary relied on the following three cases: *Elbe Maru, The*, [1978] 1 Lloyd's Rep. 206, at page 210; *Broken Hill Proprietary Co Ltd v Hapag-Lloyd Aktiengesellschaft*, [1980] 2 NSWLR 572; *Nedlloyd Columbo, The*, [1995] 2 HKC 655 (Hong Kong Court of Appeal).

[37] Prothonotary Morneau noted but rejected Ford's argument it would be improper to permit OOCL to raise Clause 25 against it because OOCL had, in the U.S. action, third parted the *Canmar Pride* and its owners who, for their part, did not object in that proceeding to being sued by OOCL. The Prothonotary was of the view Clause 25 had been drafted to preclude actions from Ford but did not preclude OOCL from pursuing CP. He added, paragraph 40:

Over and above Clause 25, which favours a stay of Ford's action against the vessel owners, in the interests of justice, it is arguably in the interests of justice as well that Ford's against action the said owners be stayed in order to prevent Ford's suit being argued in both Canada and Michigan, resulting in circular actions.

SOME ASPECTS OF THE ARGUMENT

[38] None of the parties challenged that part of the Prothonotary's decision to the effect subsection 46(1) of the *Marine Liability Act* did not eliminate the power of this Court under section 50 of the *Federal Courts Act* to stay a proceeding before it for reasons other than the fact the contract of carriage contained a choice of forum selection clause. All parties accepted this Court could grant a stay under section 50 if this Court determined it was not a convenient forum.

[39] As Justice O'Keefe put it in *Magic Sportswear Corp.*, subsection 46(1) of the *Marine Liability Act* only granted this Court jurisdiction *simpliciter* to hear a claim

l'action canadienne. Le protonotaire Morneau a souscrit à la thèse de CP, invoquant expressément l'alinéa 50(1)b) de la *Loi sur les Cours fédérales* pour conclure que Ford, la société expéditrice, s'était engagée à ne poursuivre aucun des sous-traitants de OOCL, et ce aux termes de l'entente TSM et, en particulier, de la clause 25 du connaissance standard de OOCL. Le protonotaire a invoqué les trois affaires suivantes: *Elbe Maru, The*, [1978] 1 Lloyd's Rep. 206, à la page 210; *Broken Hill Proprietary Co Ltd v Hapag-Lloyd Aktiengesellschaft*, [1980] 2 NSWLR 572; *Nedlloyd Columbo, The*, [1995] 2 HKC 655 (Cour d'appel de Hong Kong).

[37] Le protonotaire Morneau a noté, mais a rejeté l'argument de Ford selon lequel il ne convenait pas de permettre à OOCL de lui opposer la clause 25 parce que OOCL avait, dans l'action intentée aux États-Unis, mis en cause le *Canmar Pride* et ses propriétaires qui, pour leur part, ne se sont pas opposés dans cette instance à être poursuivis par OOCL. Le protonotaire a émis l'avis que la clause 25 avait été rédigée de manière à interdire à Ford d'engager des actions, mais n'interdisait pas à OOCL de poursuivre CP. Il a ajouté, au paragraphe 40:

Au-delà de cette clause 25 qui favorise dans l'intérêt de la justice une suspension de l'action de Ford contre les propriétaires du navire, il est à considérer qu'il est également dans l'intérêt de la justice que l'action de Ford soit suspendue contre lesdits propriétaires de manière à éviter que la poursuite de Ford soit débattue à la fois au Canada et au Michigan et que des actions circulaires ne soient engendrées.

CERTAINES FACETTES DE L'ARGUMENT

[38] Aucune des parties n'a contesté ce volet de la décision du protonotaire selon lequel le paragraphe 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* ne supprimait pas le pouvoir de la Cour, prévu à l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales*, de suspendre une instance devant elle pour des motifs autres que l'inclusion dans le contrat de transport d'une clause d'élection de for. Toutes les parties ont reconnu que la Cour pouvait accorder une suspension en vertu de l'article 50 si la Cour concluait qu'elle n'était pas un tribunal approprié.

[39] Comme l'a exposé le juge O'Keefe dans *Magic Sportswear Corp.*, le paragraphe 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* n'accordait à cette

if any of the conditions contained in paragraphs 46(1)(a), (b) or (c) are met despite a forum selection clause but did not shut out section 50 of the *Federal Courts Act*.

[40] I endorse the parties' views on this issue and I accept the reasoning expressed by Prothonotary Milczynski and Justice O'Keefe in *Magic Sportswear Corp.* on this point.

[41] Furthermore, Ford, before me, did not challenge the Prothonotary's finding on the *Westec* test that Ford's U.S. action was a parallel action in an appropriate forum.

[42] Next, there was no issue between the parties that COGSA, if it applied, had a lower monetary limit of liability than the Hague-Visby Rules.

[43] Ford argued Prothonotary Morneau erred in applying the "far less stringent test" stemming from *Westec*. In the view of Ford's Canadian counsel, the proper test to be applied was that enunciated by Justice Strayer, then of the Federal Court Trial Division in *Plibrico (Canada) Ltd. v. Combustion Engineering Canada Inc.* (1990), 30 C.P.R. (3d) 312, where he stated it was well established in the jurisprudence that a stay should not be granted under section 50 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] unless it can be shown that the party asking for a stay demonstrated (1) the continuation of the action would cause prejudice or injustice (not merely inconvenience or extra expense) to the defendant; and (2) the stay would not work an injustice to the plaintiff.

[44] In this context, Ford's counsel argued Prothonotary Morneau had accurately observed Ford's key argument related to the dichotomy between the limitation of liability under COGSA and the potential liability under the Hague-Visby Rules but that Prothonotary Morneau failed to recognize that a material

Cour que la compétence *simpliciter* pour examiner une créance si l'une ou l'autre des conditions contenues à l'alinéa 46(1)a, b) ou c) est remplie malgré une clause d'élection de for, mais n'éliminait pas l'application de l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[40] Je donne mon aval aux points de vue des parties sur cette question et j'accepte le raisonnement exprimé par la protonotaire Milczynski et le juge O'Keefe dans *Magic Sportswear Corp.* sur ce point.

[41] En outre, Ford n'a pas contesté devant moi la conclusion de la protonotaire fondée sur le critère de l'arrêt *Westec* selon laquelle l'action intentée aux États-Unis par Ford était une action parallèle devant un tribunal approprié.

[42] Ensuite, il n'y avait pas de litige entre les parties sur la question de savoir si la COGSA, si elle s'appliquait, comportait une limitation pécuniaire de responsabilité moindre que les Règles de La Haye-Visby.

[43] Ford a fait valoir que le protonotaire Morneau a commis une erreur en appliquant le [TRADUCTION] «critère beaucoup moins rigoureux» qui découle de l'arrêt *Westec*. Selon l'avocat canadien de Ford, le critère qu'il convient d'appliquer a été formulé par le juge Strayer, qui siégeait alors à la Section de première instance de la Cour fédérale, dans *Plibrico (Canada) Ltd. c. Combustion Engineering Canada Inc.* (1990), 30 C.P.R. (3d) 312; dans cette affaire, le juge a déclaré qu'il était bien établi dans la jurisprudence qu'une suspension ne devrait pas être accordée en vertu de l'article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7], sauf s'il peut être prouvé que la partie qui demande la suspension a établi 1) que la poursuite de l'action causerait un préjudice ou une injustice, et non pas seulement des inconvénients et des frais additionnels, au défendeur, et 2) que la suspension ne serait pas injuste envers la partie opposée.

[44] Dans ce contexte, l'avocat de Ford a plaidé que le protonotaire Morneau a relevé avec exactitude le principal argument de Ford concernant la dichotomie entre la limitation de responsabilité en vertu de la COGSA et la responsabilité éventuelle aux termes des Règles de La Haye-Visby, mais que le protonotaire

prejudice relating to this dichotomy was inextricably linked to the country in which the proceedings were heard and, as a consequence, Ford will necessarily suffer such a harm if the Federal Court action before it was stayed.

[45] The Prothonotary erred, it was suggested by Ford, when he concluded a debate between COGSA and the Hague-Visby Rules would occur before the Federal Court. Ford argued no issue on this point would take place because this Court must, as a matter of law, apply the Hague-Visby Rules in the context of section 46 of the *Marine Liability Act* where Prothonotary Morneau had found [at paragraph 33] “[I]t is clearly undeniable that Montréal, the port of discharge under the contract and in fact, is in Canada”.

[46] Ford’s counsel recognized there was a possibility the U.S. District Court would also apply the Hague-Visby Rules. However, Ford, at the very least, was exposed to a serious risk that such Rules shall not be applied if the Canadian proceedings were stayed and that such a risk would impose upon Ford a significant prejudice which they would not be exposed to if the Canadian proceedings were allowed to continue.

[47] Finally, Ford challenged the Prothonotary’s determination a stay of proceedings against the owners of the *Canmar Pride* was justified. Ford said the Prothonotary erred in his application of the principles enunciated in *The Elbe Maru* case, because the exception provided for in that decision was not applicable in cases where the issue of the undertaking not to sue was purely academic as it is in this case.

ANALYSIS

(a) The standard of review

[48] Whether to grant or refuse a stay of Ford’s action in the Federal Court is a discretionary order of the Prothonotary which, according to recent decisions of the Federal Court of Appeal, can only be disturbed by a reviewing judge in a *de novo* determination by the reviewing judge if the question or issues involved in the

Morneau a omis de reconnaître qu’un préjudice substantiel lié à cette dichotomie était inextricablement lié au pays dans lequel l’instance sera entendue et, par conséquent, Ford subira nécessairement un tel préjudice si l’action introduite en Cour fédérale était suspendue.

[45] Les représentants de Ford ont prétendu que le protonotaire a commis une erreur lorsqu’il a conclu qu’un débat sur la COGSA et les Règles de La Haye-Visby aurait lieu devant la Cour fédérale. Ford a plaidé qu’il n’y aurait pas de présentation d’arguments sur ce point parce que la Cour doit, en vertu de la loi, appliquer les Règles de La Haye-Visby dans le contexte de l’article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*. Le protonotaire Morneau a statué ce qui suit [au paragraphe 33]: «[I] est évidemment indéniable que le port de déchargement prévu au contrat et effectif, soit Montréal, est situé au Canada.»

[46] L’avocat de Ford a reconnu qu’il était possible que la U.S. District Court applique également les Règles de La Haye-Visby. Toutefois, Ford était à tout le moins exposée à un risque sérieux que ces Règles ne soient pas appliquées si l’instance canadienne était suspendue et ce risque faisait subir à Ford un préjudice considérable auquel elle ne serait pas exposée si l’instance canadienne était autorisée à se poursuivre.

[47] Enfin, Ford a contesté la décision du protonotaire selon laquelle la suspension de l’instance à l’encontre des propriétaires du *Canmar Pride* était justifiée. Ford a soutenu que le protonotaire a commis une erreur en appliquant les principes formulés dans l’affaire *Elbe Maru* parce que l’exception prévue dans cette décision ne s’appliquait pas dans les affaires dans lesquelles la question de l’engagement de ne pas poursuivre était tout à fait théorique, comme c’est le cas en l’espèce.

ANALYSE

a) La norme de contrôle

[48] Le fait d’accueillir ou de rejeter une demande de suspension de l’action de Ford en Cour fédérale est une décision discrétionnaire du protonotaire qui, d’après les décisions récentes de la Cour d’appel fédérale, ne peut être modifiée que par un juge qui siège en révision et qui rend une décision *de novo* si la ou les questions qui sont

Prothonotary's decision are vital to the final issue of the case or, otherwise, on a determination by the reviewing judge that the Prothonotary's order was clearly wrong, in the sense the exercise of the Prothonotary's decision was based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts. The jurisprudence referred to are three recent decisions of the Federal Court of Appeal in *Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, [2004] 2 F.C.R. 459; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Landmark Cinemas of Canada Ltd.* (2004), 30 C.P.R. (4th) 257 and *First Canadians' Constitution Draft Committee, The United Korean Government (Canada) v. Canada* (2004), 238 D.L.R. (4th) 306.

[49] In short, that jurisprudence tells us the reviewing judge should first determine whether the Prothonotary's decision raises a question vital to the final issue of the case because it is only when such questions are not vital that the judge effectively needs to engage in the process of determining whether the orders are clearly wrong.

[50] To this effect, I quote paragraph 19 of Justice Décarý's reasons in *Merck & Co., Inc.*:

To avoid the confusion which we have seen from time to time arising from the wording used by MacGuigan J.A., I think it is appropriate to slightly reformulate the test for the standard of review. I will use the occasion to reverse the sequence of the propositions as originally set out, for the practical reason that a judge should logically determine first whether the questions are vital to the final issue: it is only when they are not that the judge effectively needs to engage in the process of determining whether the orders are clearly wrong. The test would now read: "Discretionary orders of prothonotaries ought not be disturbed on appeal to a judge unless: (a) the questions raised in the motion are vital to the final issue of the case, or (b) the orders are clearly wrong, in the sense that the exercise of discretion by the prothonotary was based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts."

[51] By way of context, the Federal Court of Appeal in *Merck & Co., Inc.* determined that proposed amendments to Apotex' statement of defence raised questions vital to the final issue of the case, i.e. to its final resolution, because those amendments would add a

au centre de la décision du protonotaire sont cruciales pour l'issue finale du dossier ou, sinon, qui rend une décision selon laquelle l'ordonnance du protonotaire était manifestement erronée, en ce sens que la décision du protonotaire reposait sur un principe erroné ou sur une mauvaise appréciation des faits. La jurisprudence citée est constituée de trois arrêts récents de la Cour d'appel fédérale, soit *Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, [2004] 2 R.C.F. 459; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Landmark Cinemas of Canada Ltd.* (2004), 30 C.P.R. (4th) 257 et *First Canadians' Constitution Draft Committee, The United Korean Government (Canada) c. Canada* (2004), 238 D.L.R. (4th) 306.

[49] En résumé, selon cette jurisprudence, le juge siégeant en révision devrait d'abord établir si la décision du protonotaire soulève une question qui est cruciale pour l'issue finale du dossier, car ce n'est que lorsque de telles questions ne sont pas primordiales que le juge a effectivement besoin de s'engager dans le processus qui l'amènera à décider si les ordonnances sont manifestement erronées.

[50] À cet effet, je cite le paragraphe 19 des motifs du juge Décarý dans *Merck & Co., Inc.*:

Afin d'éviter la confusion que nous voyons parfois découler du choix des termes employés par le juge MacGuigan, je pense qu'il est approprié de reformuler légèrement le critère de la norme de contrôle. Je saisirai l'occasion pour renverser l'ordre des propositions initiales pour la raison pratique que le juge doit logiquement d'abord trancher la question de savoir si les questions sont déterminantes pour l'issue de l'affaire. Ce n'est que quand elles ne le sont pas que le juge a effectivement besoin de se demander si les ordonnances sont clairement erronées. J'énoncerais le critère comme suit: «Le juge saisi de l'appel contre l'ordonnance discrétionnaire d'un protonotaire ne doit pas intervenir sauf dans les deux cas suivants: a) l'ordonnance porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue du principal, b) l'ordonnance est entachée d'erreur flagrante, en ce sens que le protonotaire a exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu d'un mauvais principe ou d'une mauvaise appréciation des faits.»

[51] Si nous nous attardons au contexte, la Cour d'appel fédérale, dans *Merck & Co., Inc.*, a statué que les modifications proposées à la défense d'Apotex soulevaient des questions cruciales pour l'issue finale du principal, à savoir pour son règlement final, parce que

totally new defence that would go to the heart of a patent claim. In *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, Justice Létourneau viewed adding new defendants to a plaintiff's statement of claim and a joinder of the parties also raised a question vital to the final disposition of the case. In contrast, Justice Décary in the *First Canadians' Constitutional Draft Committee* case determined an order as to cost made by the Prothonotary after a case had been finally resolved on the merits, was not vital to the meaning of the test.

[52] On the basis of this jurisprudence, I conclude Prothonotary Morneau's decision raises questions vital to the final determination of the case with the result that I must exercise the Prothonotary's discretion *de novo*.

[53] In my view, the pivotal questions before the Prothonotary were the proper principles which, on the facts before him, should guide him in his decision whether to stay the Canadian action or not. Despite the fact a stay can be dissolved under subsection 50(3) of the *Federal Courts Act*, the stay imposed has a significant impact on whether the Canadian action will ever be tried.

(b) Principles

[54] The fundamental issue before the Court is not whether the Federal Court has jurisdiction to entertain Ford's action but rather, whether, on the application of proper principles, this Court should decline to exercise that jurisdiction by staying the action at the behest of OOCL or CP who are defendants in the parallel action initiated by Ford in the United States.

[55] Counsel for the applicants OOCL and CP for the stay of the Federal Court proceedings did not challenge this Court's jurisdiction over either the plaintiffs or the defendants applying on the real and substantial connection test.

[56] As pointed out by Mr. Justice Sharpe for the Ontario Court of Appeal in *Muscutt v. Courcelles*

ces modifications ajouteraient une défense tout à fait nouvelle qui irait au cœur d'une revendication de brevet. Dans *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, le juge Létourneau a estimé que l'ajout de nouveaux défendeurs à une déclaration de la demanderesse et une jonction des parties soulevaient également une question déterminante pour l'issue de l'affaire. À l'opposé, le juge Décary, dans *First Canadians' Constitutional Draft Committee*, a statué qu'une ordonnance d'adjudication des dépens rendue par le protonotaire une fois l'affaire tranchée quant au fond n'était pas déterminante au sens du critère.

[52] Compte tenu de cette jurisprudence, je conclus que la décision du protonotaire Morneau soulève des questions cruciales pour la détermination finale de l'affaire, avec le résultat que je dois exercer le pouvoir discrétionnaire du protonotaire *de novo*.

[53] Selon moi, les questions cruciales soumises au protonotaire étaient constituées des principes appropriés qui, compte tenu des faits qui lui ont été présentés, devaient l'orienter dans sa décision de suspendre l'action canadienne ou non. Malgré le fait qu'une suspension peut être levée en vertu du paragraphe 50(3) de la *Loi sur les Cours fédérales*, la suspension imposée a des répercussions considérables sur la question de savoir si l'action canadienne sera instruite ou non.

b) Les principes

[54] La question fondamentale soumise à la Cour ne consiste pas à déterminer si la Cour fédérale a compétence pour connaître de l'action de Ford, mais plutôt si la Cour, appliquant les principes voulus, devrait refuser d'exercer cette compétence en suspendant l'action à la demande de OOCL ou du CP, qui sont défendeurs dans l'action parallèle intentée par Ford aux États-Unis.

[55] Les avocats des parties requérant la suspension de l'instance devant la Cour fédérale, OOCL et CP, n'ont pas contesté la compétence de la Cour pour entendre les demandeurs ou les défendeurs en appliquant le critère du lien réel et important.

[56] Comme l'a souligné le juge Sharpe de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Muscutt v. Courcelles* (2002),

(2002), 60 O.R. (3d) 20, the doctrine of *forum non conveniens* does not speak to the issue whether a forum has jurisdiction or should assume jurisdiction but rather is a discretionary doctrine which recognizes that there may be more than one forum capable of assuming or exercising jurisdiction and may decline to exercise that jurisdiction on the ground there is a more appropriate forum to entertain (or try) the action. In *Muscutt*, Mr. Justice Sharpe was dealing with a case where Ontario assumed jurisdiction and not either a presence-based jurisdiction or a consent-based jurisdiction.

[57] The Supreme Court of Canada's decision in *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897, is the leading case on the doctrine of *forum non conveniens*. In that case, Justice Sopinka, on behalf of the Court, traced developments in this area of the law since that Court last dealt with the doctrine in *Antares Shipping Corporation v. The Ship "Capricorn" et al.*, [1977] 2 S.C.R. 422. In particular, Justice Sopinka traced developments in English law culminating in the House of Lords decision in *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] A.C. 460.

[58] In *Amchem*, the plaintiffs, mainly residents in British Columbia, launched a product liability claim in the state of Texas seeking damages from defendant manufacturers of asbestos products.

[59] None of the defendants had any connection with B.C. as they did no business in that province. In Texas, the defendants challenged jurisdiction and venue. They were not successful. The asbestos manufacturers then launched an action for declaration in British Columbia seeking an anti-suit injunction which would prohibit the plaintiffs from pursuing their action in Texas. In British Columbia, before the applications Judge [(1989), 65 D.L.R. (4th) 567 (S.C.)], the asbestos manufacturers obtained an anti-suit injunction which was upheld by the B.C. Court of Appeal [(1990), 75 D.L.R. (4th) 1] but

60 O.R. (3d) 20, la doctrine du *forum non conveniens* ne porte pas sur la question de savoir si un tribunal a compétence ou devrait assumer la compétence, mais constitue plutôt une doctrine discrétionnaire qui reconnaît qu'il peut y avoir plus d'un tribunal en mesure d'assumer ou d'exercer la compétence et qui peut refuser d'exercer cette compétence au motif qu'il existe un tribunal plus approprié pour connaître de l'action ou l'instruire. Dans *Muscutt*, M. le juge Sharpe statuait sur une affaire dans le cadre de laquelle l'Ontario avait assumé la compétence, laquelle n'était fondée ni sur la présence dans le ressort, ni sur l'acquiescement à la compétence.

[57] La décision rendue par la Cour suprême du Canada dans *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897, est l'arrêt-clé portant sur la doctrine du *forum non conveniens*. Dans cet arrêt, le juge Sopinka, au nom de la Cour, a établi l'historique de l'évolution dans ce domaine du droit depuis que la Cour a traité pour la dernière fois de la doctrine dans *Antares Shipping Corporation c. Le Navire «Capricorn» et autres*, [1977] 2 R.C.S. 422. Plus particulièrement, le juge Sopinka a retracé l'évolution du droit anglais se terminant par la décision de la Chambre des lords *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] A.C. 460.

[58] Dans l'arrêt *Amchem*, les demandeurs, essentiellement des résidents de la Colombie-Britannique, ont intenté une action sur la responsabilité du fait du produit dans l'État du Texas, dans le cadre de laquelle ils demandaient des dommages-intérêts des fabricants de produits de l'amiante qui étaient les défendeurs.

[59] Aucun des défendeurs n'avait de lien avec la Colombie-Britannique, car ils ne faisaient pas d'affaires dans cette province. Au Texas, les défendeurs ont contesté la compétence et le lieu du procès sans succès. Les fabricants de produits de l'amiante ont ensuite intenté une action déclaratoire en Colombie-Britannique dans laquelle ils demandaient une injonction interdisant des poursuites qui empêcherait les demandeurs de poursuivre leur action au Texas. En Colombie-Britannique, devant le juge chargé des demandes [(1989), 65 D.L.R. (4th) 567 (C.S.)], les fabricants de

reversed by the Supreme Court of Canada. It was in that context the Supreme Court of Canada discussed the principles underlying the doctrine of *forum non conveniens*.

[60] In two recent cases, the Supreme Court of Canada considered the application of the doctrine of *forum non conveniens*. The first case was *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, [2001] 3 S.C.R. 907, followed up by the case of *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205.

[61] In *Holt*, the Trial Division of the Federal Court refused, under section 50 of the *Federal Court Act*, to stay proceedings before it relating to the sale of a ship, the M/V *Brussel*, which had been arrested under the Court's warrant [[1997] 3 F.C. 187]. The stay had been requested by the trustees appointed under Belgian law administering the bankruptcy in Belgium of the ship's owners in respect of whom the Quebec Superior Court had issued several orders in assistance of the Belgian Commercial Court exercising Belgian bankruptcy jurisdiction.

[62] In *Spar Aerospace* an action was launched by the plaintiff in Quebec claiming damages arising out of the performance and/or its breach of a contract relating to the construction of a satellite. The defendants, who were foreign corporations, brought declinatory motions challenging the jurisdiction of the Quebec courts and, in addition, two of them sought to have the action dismissed on the basis of the doctrine of *forum non conveniens* pursuant to Article 3135 of the *Civil Code of Québec* [S.Q. 1991, c. 64] (C.C.Q.).

[63] I summarize the proper approach and principles derived from the jurisprudence previously cited.

[64] First, achieving justice, taking into account all relevant circumstances, is the overarching principle which guides the Court in deciding whether, pursuant to

produits de l'amiante ont obtenu une injonction interdisant les poursuites qui a été maintenue par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique [(1990), 75 D.L.R. (4th) 1], mais infirmée par la Cour suprême du Canada. C'est dans ce contexte que la Cour suprême du Canada a traité des principes qui sous-tendent la doctrine du *forum non conveniens*.

[60] Dans deux arrêts récents, la Cour suprême du Canada s'est penchée sur l'application de la doctrine du *forum non conveniens*. Le premier arrêt était *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907, suivi de l'arrêt *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205.

[61] Dans l'arrêt *Holt*, la Section de première instance de la Cour fédérale du Canada a refusé, en vertu de l'article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale*, de suspendre des instances devant elle qui avaient traité à la vente d'un navire, le N/M *Brussel*, qui a été saisi en vertu d'un mandat de la Cour [[1997] 3 C.F. 187]. La suspension avait été demandée par les fiduciaires nommés en vertu de la loi belge qui administrait la faillite en Belgique des propriétaires du navire à l'égard desquels la Cour supérieure du Québec a rendu plusieurs ordonnances à l'appui de la Cour commerciale de Belgique exerçant la compétence de la Belgique en matière de faillite.

[62] Dans l'arrêt *Spar Aerospace*, une action a été intentée par la demanderesse au Québec en vue de demander des dommages-intérêts découlant de l'exécution ou de sa violation d'un contrat lié à la construction d'un satellite. Les défenderesses, qui étaient des sociétés étrangères, ont présenté des requêtes pour exception déclinatoire contestant la compétence des tribunaux du Québec et deux d'entre elles ont demandé le rejet de l'action en invoquant la doctrine du *forum non conveniens* conformément à l'article 3135 du *Code civil du Québec* [L.Q. 1991, ch. 64] (C.c.Q.).

[63] Je résume l'approche adéquate et les principes tirés de la jurisprudence citée précédemment.

[64] Premièrement, la réalisation des fins de la justice, compte tenu de toutes les circonstances pertinentes, constitue le principe déterminant qui oriente la Cour

section 50 of the *Federal Courts Act*, to stay an action before it when the ground advanced for such a stay is the doctrine of *forum non conveniens*.

[65] Second, all relevant circumstances must be appropriately weighed in their proper context. As an example, marine transportation has been recognized as warranting more weight to certain factors than others.

[66] Third, none of the relevant factors in the balance of justice or injustice to a plaintiff or a defendant is determinative and it would not be appropriate to elevate any one consideration to a controlling position in the exercise of the Court's decision to stay a proceeding under section 50 of the *Federal Courts Act*. As an example, it would be inappropriate to elevate the existence of a parallel action in another jurisdiction as the determinative factor. (See, *Amchem*, at paragraph 24.)

[67] Fourth, the test for *forum non conveniens* is that there must be some other forum more convenient and appropriate for the pursuit of the action and for securing the ends of justice. At page 912, Justice Sopinka in *Amchem*, was of the view that forum shopping was not to be encouraged and that according to him "[t]he choice of the appropriate forum is still to be made on the basis of factors designed to ensure, if possible, that the action is tried in the jurisdiction that has the closest connection with the action and the parties and not to secure a juridical advantage to one of the litigants at the expense of others in a jurisdiction that is otherwise inappropriate." He recognized there would be cases in which the best that can be achieved is to select an appropriate forum and that often there is no forum that is clearly more appropriate than others.

[68] In my view, Justice Binnie in *Holt*, encapsulated the applicable approach and principles in the following paragraphs of his reasons, at paragraphs 86, 87, 89 and 90:

Where a stay is sought of Canadian proceedings in deference to a foreign bankruptcy court, the Canadian court before which the stay application is made (in this case the Federal Court)

pour lui permettre de décider si, en vertu de l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales*, il convient de suspendre une action intentée devant elle quand le motif mis de l'avant pour une telle suspension est la doctrine du *forum non conveniens*.

[65] Deuxièmement, toutes les circonstances pertinentes doivent être soupesées comme il se doit dans leur contexte approprié. À titre d'exemple, il a été reconnu que le transport maritime justifie que l'on accorde plus de poids à certains facteurs qu'à d'autres.

[66] Troisièmement, aucun des facteurs pertinents pour l'établissement de l'équilibre de la justice et de l'injustice pour un demandeur ou un défendeur n'est décisif et il ne serait pas approprié de tenir quelque élément pour un facteur déterminant dans l'exercice du pouvoir de la Cour de suspendre une instance en vertu de l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales*. À titre d'exemple, il ne serait pas approprié d'élever l'existence d'une action parallèle dans un autre ressort au rang d'un facteur déterminant. (Voir *Amchem*, au paragraphe 24.)

[67] Quatrièmement, le critère du *forum non conveniens* est qu'il doit exister un autre tribunal qui convient davantage à la poursuite de l'action et à la réalisation des fins de la justice. À la page 912, le juge Sopinka, dans l'arrêt *Amchem*, se dit d'avis qu'il ne faut pas encourager la recherche d'un tribunal favorable et que «[l]e choix du tribunal approprié doit encore reposer sur des facteurs conçus pour faire en sorte, si possible, que le procès soit instruit dans le ressort qui a les liens les plus étroits avec le litige et les parties, et que l'une de celles-ci ne jouisse d'un avantage juridique au détriment des autres devant un tribunal par ailleurs inapproprié.» Il a reconnu que dans certains cas, il sera possible, au mieux, de choisir un tribunal approprié et que souvent il n'existera pas de tribunal qui soit nettement plus approprié que les autres.

[68] Selon moi, le juge Binnie dans l'arrêt *Holt*, a circonscrit l'approche et les principes adéquats dans les paragraphes suivants de ses motifs, aux paragraphes 86, 87, 89 et 90:

Lorsqu'un tribunal canadien (en l'occurrence la Cour fédérale) est saisi d'une demande de suspension de ses procédures par déférence pour un tribunal de faillite étranger, il doit être

ought to be mindful of the difficulties confronting the bankruptcy trustees in the fulfilment of their public mandate to bring order out of financial disorder and the desirability of maximizing the size of the bankrupt estate. These objectives are furthered by minimizing the multiplicity of proceedings, and the attendant costs, and the possibility of inconsistent decisions in relation to the same claims or assets.

Nevertheless, courts must have regard to the need to do justice to the particular litigants who come before them as well as to the public interest in the efficient administration of bankrupt estates. It would be inappropriate to elevate any one consideration to a controlling position in the exercise of a bankruptcy court's discretion to dismiss a petition under s. 43(7) or to stay proceedings under Part XIII of the Act or in the Federal Court's decision to stay proceedings under s. 50 of the *Federal Court Act*. Discretion should not be thus predetermined. The desirability of international coordination is an important consideration. In some cases, it may be the controlling consideration. The courts nevertheless have to exercise their discretion to stay or not to stay domestic proceedings according to all of the relevant facts of a particular case.

7. In Light of the Foregoing, Did the Federal Court Err in the Exercise of its Discretion to Deny the Trustees' Application for a Stay of Proceedings?

...

The Federal Court's authority to stay proceedings is found, as noted, in s. 50 of the *Federal Court Act*:

50. (1) The Court may, in its discretion, stay proceedings in any cause or matter,

(a) on the ground that the claim is being proceeded with in another court or jurisdiction; or

(b) where for any other reason it is in the interest of justice that the proceedings be stayed.

The principles on which the discretion should be exercised in this type of case were authoritatively settled in *Amchem, supra*. Sopinka J., speaking for the Court, posed the question at p. 920, "Is there a more appropriate jurisdiction based on the relevant factors", to which he added at p. 921, "the existence of a more appropriate forum must be clearly established to displace the forum selected by the plaintiff" (emphasis in original).

conscient des difficultés auxquelles sont confrontés les syndics de faillite dans l'accomplissement de leur mandat public de rétablir l'ordre dans un désordre financier, et de l'intérêt de maximiser la taille de l'actif du failli. Ces objectifs peuvent être atteints en réduisant au minimum la multiplicité des procédures et les coûts qui s'y rattachent, ainsi que la possibilité que les mêmes réclamations ou les mêmes éléments d'actif fassent l'objet de décisions incompatibles.

Toutefois, les tribunaux doivent tenir compte de la nécessité de rendre justice aux parties qui se présentent devant eux, ainsi que de l'intérêt qu'a le public dans l'administration efficace de l'actif du failli. Il ne conviendrait pas qu'une considération soit qualifiée de déterminante par un tribunal de faillite qui exerce son pouvoir discrétionnaire de rejeter une pétition fondée sur le par. 43(7) ou de suspendre des procédures en vertu de la partie XIII de la Loi, ou encore par la Cour fédérale lorsqu'elle décide de suspendre des procédures en vertu de l'art. 50 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Le pouvoir discrétionnaire ne doit pas être ainsi prédéterminé. L'utilité de la coordination internationale est certes une considération importante. Dans certains cas, elle peut être déterminante. Les tribunaux doivent néanmoins exercer leur pouvoir discrétionnaire de suspendre ou de ne pas suspendre les procédures engagées au pays en tenant compte de tous les faits pertinents de l'affaire.

7. À la lumière de ce qui précède, la Cour fédérale a-t-elle commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de refuser la demande de suspension des procédures présentée par les syndics?

[. . .]

Le pouvoir de la Cour fédérale de suspendre des procédures est, comme nous l'avons vu, conféré par l'art. 50 de la *Loi sur la Cour fédérale*:

50. (1) La Cour a le pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures dans toute affaire:

a) au motif que la demande est en instance devant un autre tribunal;

b) lorsque, pour quelque autre raison, l'intérêt de la justice l'exige.

Les principes qui doivent sous-tendre l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans ce type d'affaire ont été établis péremptoirement dans l'arrêt *Amchem*, précité. Le juge Sopinka, s'exprimant au nom de la Cour, s'est demandé, à la p. 920, si «un autre tribunal serai[t] plus approprié, compte tenu des facteurs pertinents», ce à quoi il a ajouté, à la p. 921, qu'«il faut établir clairement qu'un autre tribunal est plus approprié pour que soit écarté celui qu'a choisi le demandeur» (souligné dans l'original).

Amchem was a purely private piece of litigation involving product liability claims related to exposure to asbestos. International bankruptcies have a public aspect, because it is in the public interest to facilitate the speedy resolution of the fallout from a financial collapse. This does not change the *Amchem* analysis. It is simply to emphasize an important public aspect of this case that was not present in the *Amchem* fact situation.

[69] I return briefly to the distinction drawn by Justice Sharpe in *Muscutt*, at pages 34-35, between assumed jurisdiction and *forum non conveniens*. He thereafter synthesized the several factors which the courts have developed that may be considered in determining the most appropriate forum for the action:

Very often there is more than one forum capable of assuming jurisdiction and it is necessary to determine where the action should be litigated. As Sopinka J. explained in *Amchem, supra*, at p. 912 S.C.R., “[f]requently there is no single forum that is clearly the most convenient or appropriate for the trial of the action but rather several which are equally suitable alternatives”. Where more than one forum is capable of assuming jurisdiction, the most appropriate forum is determined through the *forum non conveniens* doctrine, which allows a court to decline to exercise its jurisdiction on the ground that there is another forum more appropriate to entertain the action.

Courts have developed a list of several factors that may be considered in determining the most appropriate forum for the action, including the following:

- the location of the majority of the parties
- the location of key witnesses and evidence
- contractual provisions that specify applicable law or accord jurisdiction
- the avoidance of a multiplicity of proceedings
- the applicable law and its weight in comparison to the factual questions to be decided
- geographical factors suggesting the natural forum
- whether declining jurisdiction would deprive the plaintiff of a legitimate juridical advantage available in the domestic court

[70] Justice Lebel, in *Spar*, approved a slightly different list of relevant factors when he quoted with

L’affaire *Amchem* était un litige purement privé où il était question d’actions en responsabilité du fait du produit liées à une exposition à l’amiante. Les faillites internationales comportent un aspect public, car il est dans l’intérêt public de faciliter le règlement rapide des retombées d’un effondrement financier. Cela ne change rien à l’analyse prévue dans l’arrêt *Amchem*. Il s’agit simplement de souligner que la présente affaire comporte un aspect public important, qui était absent dans l’affaire *Amchem*.

[69] Je reviens brièvement sur la distinction établie par le juge Sharpe dans *Muscutt*, aux pages 34 et 35, entre la compétence assumée et le *forum non conveniens*. Il a ultérieurement résumé plusieurs facteurs élaborés par les tribunaux et que ceux-ci peuvent prendre en compte pour décider quel est le tribunal le plus approprié pour l’action:

[TRADUCTION] Il arrive très souvent que plus d’un tribunal puisse assumer la compétence et il est nécessaire de déterminer quel ressort devrait instruire le litige. Comme l’a expliqué le juge Sopinka dans l’arrêt *Amchem*, précité, à la p. 912 R.C.S., «Souvent, il n’y a aucun tribunal qui est nettement le plus commode ou le plus approprié pour connaître de l’action, mais plusieurs représentent plutôt un choix aussi propice.» Si plus d’un tribunal est en mesure d’assumer la compétence, le tribunal le plus approprié est déterminé au moyen de la doctrine du *forum non conveniens*, qui permet à un tribunal de refuser d’exercer sa compétence pour le motif qu’un autre tribunal est plus approprié pour connaître de l’action.

Les tribunaux ont dressé une liste de plusieurs facteurs qui peuvent être pris en considération pour décider du tribunal le plus approprié pour l’action, y compris les suivants:

- la situation géographique de la majorité des parties
- le lieu où se trouvent les témoins clés et la preuve
- les dispositions contractuelles qui précisent la loi applicable ou qui attribuent la compétence
- le soin d’éviter la multiplicité des instances
- la loi applicable et son poids comparativement aux questions de fait à trancher
- les facteurs géographiques qui suggèrent le tribunal logique
- la question de savoir si le refus d’exercer la compétence priverait le demandeur d’un avantage juridique légitime auquel le tribunal national donne accès.

[70] Le juge LeBel, dans l’arrêt *Spar*, a entériné une liste légèrement différente de facteurs pertinents lorsqu’il

approval a decision of the Quebec Court of Appeal. Justice LeBel wrote at paragraph 71 the following:

With respect to the first requirement, a number of cases have set out the relevant factors to consider when deciding whether or not the authorities of another country must be in a better position to decide the matter. The motions judge (at para. 18) referred to the 10 factors listed by the Quebec Court of Appeal in the recent case, *Lexus Maritime inc. v. Oppenheim Forfait GmbH*, [1998] Q.J. No. 2059 (QL), at para. 18, none of which are individually determinant:

- 1) The parties' residence, that of witnesses and experts;
- 2) the location of the material evidence;
- 3) the place where the contract was negotiated and executed;
- 4) the existence of proceedings pending between the parties in another jurisdiction;
- 5) the location of Defendant's assets;
- 6) the applicable law;
- 7) advantages conferred upon Plaintiff by its choice of forum, if any;
- 8) the interest of justice;
- 9) the interest of the parties;
- 10) the need to have the judgment recognized in another jurisdiction.

[71] Lastly, in terms of onus, the onus was on the defendants to establish the grounds for a stay of proceedings but it was up to Ford to prove U.S. law if Ford wished to rely on any difference between the expected treatment of its claim under U.S. law as opposed to Canadian law. This is a factual determination (see, *Holt*, at paragraph 50 of Justice Binnie's reasons).

(c) Conclusions

[72] For reasons mentioned, I must exercise the Prothonotary's discretion *de novo* whether to stay Ford's action in the Federal Court on the basis of the doctrine of *forum non conveniens*, that is, to decline or not to exercise this Court's uncontested jurisdiction over the action because there is elsewhere a more appropriate place to try Ford's action for damages against the

a cité et approuvé un arrêt de la Cour d'appel du Québec. Le juge LeBel s'est ainsi exprimé, au paragraphe 71:

S'agissant de la première exigence, de nombreuses décisions ont établi les critères pertinents dont il faut tenir compte pour décider si les autorités d'un autre État doivent être mieux à même de trancher le litige. La juge des requêtes (au par. 18) s'est reportée aux dix critères que la Cour d'appel du Québec a énumérés récemment dans l'arrêt *Lexus Maritime inc. c. Oppenheim Forfait GmbH*, [1998] A.Q. n° 2059 (QL), par. 18, dont aucun n'est déterminant en soi:

- 1) le lieu de résidence des parties et des témoins ordinaires et experts;
- 2) la situation des éléments de preuve;
- 3) le lieu de formation et d'exécution du contrat;
- 4) l'existence d'une autre action intentée à l'étranger;
- 5) la situation des biens appartenant au défendeur;
- 6) le droit applicable;
- 7) l'avantage dont jouit la demanderesse dans le for choisi;
- 8) l'intérêt de la justice;
- 9) l'intérêt des deux parties;
- 10) la nécessité éventuelle d'une procédure en exemplification à l'étranger.

[71] Enfin, pour ce qui est de la charge de preuve, il incombait aux défendeurs de prouver les motifs justifiant une suspension d'instance, mais il appartenait à Ford de faire la preuve du droit américain si elle voulait invoquer une différence quant à la façon dont le droit américain et le droit canadien traiteraient sa demande. Il s'agit d'une décision de fait (voir l'arrêt *Holt*, au paragraphe 50 des motifs du juge Binnie).

(c) Conclusions

[72] Pour les motifs exposés, je dois exercer *de novo* le pouvoir discrétionnaire du protonotaire de décider s'il convient de suspendre l'action de Ford en Cour fédérale en s'appuyant sur la doctrine du *forum non conveniens*, c'est-à-dire s'il convient de décliner ou de ne pas exercer cette compétence non contestée de la Cour sur l'action parce qu'il existe ailleurs un lieu plus approprié pour

defendants balancing all appropriate factors, none of which in itself is determinative, in the interests of all and in the ends of justice.

[73] Such an approach, the case law teaches us, I believe, is flexible and is far from being formula driven.

[74] In my view, it was inappropriate to set up, in *Westec*, as a separate test or step, a consideration of the loss of juridical advantage rather than weighing that factor with the other factors which are considered in identifying the appropriate forum to try the action—the place with the closest connections to the action. Justice Sopinka made this quite clear in *Amchem*, at paragraph 32 of his reasons.

[75] Moreover, the search under the doctrine of *forum non conveniens* is not only for a place or forum which is equally appropriate to the domestic forum, here at the Federal Court, but a search as to whether the foreign forum is more appropriate than the domestic forum to try the action.

[76] The evidence before the Prothonotary and before this Court was by way of affidavit evidence which I have described. That evidence, as I gauge it, does not speak to many of the relevant factors. The courts in Canada and, it seems in the U.S. District Court, have identified the need to be taken into account in the application of the doctrine.

[77] As such, I believe the Prothonotary and counsel before me were somewhat hamstrung in the factors they could advance as justifying a stay of the Federal Court action or not.

[78] Perhaps it is because of this lack of evidence on many of the relevant factors which led both counsel not to dispute the Prothonotary's finding the U.S. District Court was an appropriate forum to try the action.

instruire l'action de Ford en dommages-intérêts à l'encontre des défendeurs en soutesant tous les facteurs appropriés, dont aucun n'est déterminant en soi, dans l'intérêt de tous et aux fins de la justice.

[73] La jurisprudence nous enseigne qu'une telle approche est souple et qu'il n'existe pas du tout de formule toute faite.

[74] Selon moi, il ne convenait pas d'établir dans *Westec*, comme critère distinct ou étape distincte, l'examen de la perte d'un avantage juridique plutôt que la pondération de ce facteur avec les autres facteurs dont il est tenu compte pour décider du tribunal approprié pour l'instruction de l'action—le lieu ayant les liens les plus étroits avec l'action. Le juge Sopinka l'a bien précisé dans *Amchem*, au paragraphe 32 de ses motifs.

[75] En outre, l'analyse suivant la doctrine du *forum non conveniens* ne porte pas seulement sur le point de savoir s'il y a un lieu ou un tribunal tout aussi approprié que le tribunal national, la Cour fédérale en l'occurrence, mais également sur la question de savoir si le tribunal étranger est davantage approprié que le tribunal national pour connaître de l'action.

[76] La preuve présentée au protonotaire et soumise à la Cour est la preuve par affidavit que j'ai décrite. Cette preuve, selon ce que j'apprécie, ne porte pas sur bon nombre de facteurs pertinents. Les tribunaux au Canada et, semble-t-il, la U.S. District Court, ont établi le besoin qui doit être pris en compte dans l'application de la doctrine.

[77] À ce titre, je crois que le protonotaire et les avocats présents devant moi se sont trouvés quelque peu à court de facteurs qu'ils pourraient invoquer pour justifier la suspension ou l'absence de suspension de l'action en Cour fédérale.

[78] Peut-être est-ce en raison de ce manque de preuve relativement à nombre de facteurs pertinents que les deux avocats n'ont pas contesté la décision du protonotaire que la U.S. District Court constituait un tribunal approprié pour instruire l'action.

[79] As a result, counsel for Ford concentrated his argument on step 3 of the *Westec* formula—the loss of a juridical advantage to Ford if the Federal Court action was stayed—the advantage of higher damages through the application of the Hague-Visby Rules in Canada.

[80] Counsel for the defendants, and I think wisely so, did not argue Ford's Federal Court action could be labelled as foreign forum shopping. The evidence before me would not support such a conclusion.

[81] Ford's action in the Federal Court has a real and substantial connection to Canada and Ford had a legitimate claim to the advantages the Federal Court applying the applicable law of the Hague-Visby Rules would provide (see *Amchem*, at paragraph 32).

[82] I am not persuaded that Ford has established, which was its burden, by cogent evidence, it would lose the advantage of higher damages in the United States because COGSA would automatically apply and the Hague-Visby Rules would not. A reading of the affidavit of James Sweeney is to the contrary effect. He clearly states COGSA does not apply to the carriage from France to Montréal and then by rail to destinations in the United States. He is also of the view COGSA does not arise by virtue of the OOCL/Ford agreement.

[83] In addition, it is my appreciation of Judge Hood's decision that she made no determination on the merits of the case before her that COGSA and not the Hague-Visby Rules would apply.

[84] There are a number of important factors which, in my view, warrant Ford's action in this Court be stayed on the basis of the doctrine of *forum non conveniens* and I say this in the context that in this case most of the other relevant factors were either neutral or not identified as an issue. For example, no issue was made concerning Ford's ability to realize on the defendants' assets should it be successful. I note the offer to transfer security to the United States.

[79] Par conséquent, l'avocat de Ford a fait porter son argument surtout sur le troisième volet de la formule de *Westec*—la perte d'un avantage juridique pour Ford si l'action en Cour fédérale était suspendue—l'avantage de dommages-intérêts plus élevés par l'application des Règles de La Haye-Visby au Canada.

[80] Les avocats des défendeurs n'ont pas fait valoir, et je crois qu'il s'agit là d'une décision judiciaire de leur part, que l'action de Ford en Cour fédérale pouvait être étiquetée comme une recherche d'un tribunal étranger plus favorable. La preuve qui m'est présentée n'appuierait pas une telle conclusion.

[81] L'action de Ford en Cour fédérale a un lien réel et important avec le Canada et Ford prétendait légitimement aux avantages que procurerait la Cour fédérale si elle appliquait la loi applicable, à savoir les Règles de La Haye-Visby (voir *Amchem*, au paragraphe 32).

[82] Je ne suis pas persuadé que Ford a établi au moyen d'une preuve convaincante, comme elle en avait le fardeau, qu'elle perdrait l'avantage de dommages-intérêts plus élevés aux États-Unis parce que la COGSA s'appliquerait automatiquement et non les Règles de La Haye-Visby. C'est le contraire qui ressort de l'affidavit de James Sweeney. Il affirme clairement que la COGSA ne s'applique pas au transport de la France à Montréal puis, par train, à des destinations se trouvant aux États-Unis. Il estime en outre que la COGSA ne trouve pas application en vertu de l'entente OOCL/Ford.

[83] De plus, je comprends que la juge Hood n'a pas statué, sur le fond, que la COGSA, et non les Règles de La Haye-Visby, s'appliquerait.

[84] Il existe un certain nombre de facteurs importants qui, selon moi, justifient la suspension de l'action de Ford devant la Cour pour le motif de la doctrine du *forum non conveniens*. Je m'appuie sur le contexte de la présente affaire, car la plupart des autres facteurs pertinents soit étaient neutres soit n'ont pas été considérés comme des questions en litige. Par exemple, on n'a pas débattu la capacité de Ford de réaliser les biens des défendeurs si elle avait gain de cause. Je

[85] In my view, three factors tip the balance in the defendants' favour. First, the existence of parallel proceedings in the United States and the desirability of avoiding unnecessary expenses or conflicting decisions if justice can be done in the U.S. District Court which I have no hesitation in so finding. (See the House of Lords' decision in *Abidin Daver, The*, [1984] 1 All ER 470.)

[86] The second important factor is the factor of comity. In the second of her decisions, Judge Hood considered the doctrine of *forum non conveniens* and I see no basis, and none was argued before me, that she applied different principles than this Court would apply. Her decision, on the basis of comity, should be respected.

[87] The third and final factor which weighed heavily in the equation related to the issues of applicable law. Reading the affidavits, I conclude that many of the issues in this case will relate to U.S. law.

[88] Having come to the conclusion that Ford's action in Canada should be stayed on the basis of *forum non conveniens*, I need not deal with the two other points raised in the challenge to the Prothonotary's decision.

[89] For all of these reasons, this appeal is dismissed with costs.

prends note de l'offre de transférer le cautionnement aux États-Unis.

[85] Selon moi, trois facteurs font pencher la balance du côté des défendeurs. Premièrement, il y a l'existence d'instances parallèles aux États-Unis et la volonté d'éviter des frais superflus ou des décisions incompatibles si la justice peut être rendue devant la U.S. District Court, conclusion à laquelle j'arrive sans hésitation. (Voir la décision de la Chambre des lords dans *Abidin Daver, The*, [1984] 1 All ER 470.)

[86] Le deuxième facteur important est le facteur de la courtoisie. Dans la deuxième de ses décisions, la juge Hood s'est penchée sur la doctrine du *forum non conveniens* et je n'ai aucune raison de croire, et aucune n'a été évoquée devant moi, qu'elle a appliqué des principes différents de ceux que la Cour appliquerait. Sa décision devrait être respectée au nom de la courtoisie.

[87] Le troisième et dernier facteur qui a pesé lourd dans l'analyse avait trait aux questions en litige au regard du droit applicable. À la lecture des affidavits, je conclus que bon nombre des questions en litige en l'espèce feront intervenir le droit américain.

[88] Ayant conclu que l'action de Ford au Canada devrait être suspendue sur le fondement de la doctrine du *forum non conveniens*, je n'ai pas à traiter des deux autres points soulevés dans la contestation de la décision du protonotaire.

[89] Pour tous ces motifs, l'appel est rejeté avec dépens.

DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court of Appeal decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fca/index.html> and of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fct/index.html>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

ARMED FORCES

Judicial review of Veterans Review and Appeal Board decision refusing to reconsider appeal panel's decision on basis no reviewable error, eyewitness letter not new evidence—Applicant member of Canadian Forces (CF) from 1984-1991—Claims shoulder problems (chronic subluxation), first diagnosed in 1993, result of injury sustained during physical training at CF Base Chatham in 1988—At that time, diagnosed with bursitis—Application for disability pension brought in 1993 denied at all levels—Applied for reconsideration in 2002 based on new evidence, i.e. letter from eyewitness of 1988 injury, medical opinion (McAllister Reports) that reasonably likely applicant's shoulder problems caused by 1988 injury—Panel reviewed comments of Teitelbaum J. in *MacKay v. Canada (Attorney General)* (1997), 129 F.T.R. 286 (F.C.T.D.), applied test outlined in *R. v. Palmer*, [1980] 1 S.C.R. 759 to determine whether newly submitted evidence on appeal new, credible enough to warrant reconsideration—Panel of view *Palmer* test not met—Application materials before Board included letter explaining why eyewitness letter not produced sooner—Board denied application for reconsideration, concluded no reviewable error by panel, found letter not new evidence—Teitelbaum J. in *MacKay* noting Court not to engage in “full-fledged judicial review” of earlier panel decision—Assessment in *MacKay* of reviewing court's jurisdiction not preventing Court from considering that earlier decision when determining whether potential errors of law, fact made at time of reconsideration by Board—Court must look at panel's decision to determine whether Board properly assessed panel's reasons, because Court has to be in same position as Board was when reviewed panel decision, cannot do so without looking at panel's reasons—No adequate explanation of delay in production of eyewitness letter before panel, first criteria of *Palmer* test (evidence generally not admissible if through due diligence could have been adduced at trial) breached—Letter explaining delay should have been produced at same time as eyewitness letter—As eyewitness letter inadmissible, panel not required to deal with substance of letter—No reason to interfere with panel decision—Earlier

ARMED FORCES—Concluded

medical reports stating applicant suffering from chronic subluxation found insufficient by Entitlement Board to causally link 1988 injury, current condition—Court not convinced situation changed enough to permit admission of McAllister Reports—In absence of new medical evidence, not possible to reassess original evidence—No evidence indicating why McAllister Reports not adduced in due time, first *Palmer* criteria breached—Although powers, duties, functions of Board to be liberally construed, interpreted, Veterans Review and Appeal Board Act, s. 3 not imposing upon Board, Court, obligation to automatically accept submission made by applicant that injury arose out of military service—Applicant not meeting burden of showing new evidence could have affected initial result—Application dismissed—Veterans Review and Appeal Board Act, S.C. 1995, c. 18, s. 3.

CASWELL V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-714-04, 2004 FC 1364, Noël J., order dated 5/10/04, 13 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

IMMIGRATION PRACTICE

Judicial review of immigration officer's decision insufficient humanitarian and compassionate (H&C), public policy grounds warranting processing permanent residence application from within Canada—Applicant unsuccessful Syrian refugee claimant—Sought H&C exemption from Immigration and Refugee Protection Act, s. 11(1) requirement permanent residence application be made from outside Canada—Citizenship and Immigration Canada Manual *IP5 Immigrant Applications in Canada Made on Humanitarian or Compassionate Grounds*, procedural fairness requiring immigration officer to send application to pre-removal risk assessment officer when finding insufficient grounds to allow H&C application—Immigration officer also required to ask applicant for particulars of his personalized risk claim—Immigration officer failed to do both of these things—

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

Application allowed—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 11(1).

BABILLY V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1472-03, 2004 FC 1469, O’Keefe J., order dated 21/10/04, 12 pp.)

Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division’s dismissal of application to reopen refugee protection claim pursuant to Refugee Protection Division Rules (RPD Rules), r. 55—Applicant 23-year-old citizen of Pakistan—Came to Canada in August 1999 on visitor’s visa, obtained student visa in February 2000—In late February 2003 initiated refugee claim and deemed eligible to proceed with claim on March 5, 2003—Personal Information Form not submitted on time—Board not accepting applicant’s explanation as demonstrating clear intention to pursue refugee claim—Declaring refugee claim abandoned by notice dated May 20, 2003—Request to reopen refugee claim subsequently denied—Whether reasons required for this decision under Immigration and Refugee Protection Act (Act), s. 169, and if so, whether reasons provided adequate—Whether Board erred in failing to consider applicant’s intent to pursue refugee claim in determining whether Board should reopen refugee claim—Respondent submitting Board not required, pursuant to either Act or RPD Rules, to provide reasons for decision to refuse application to reopen refugee claim—Relying on *Faghihi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 1 F.C. 249 (T.D.); affd (2001), 274 N.R. 358 (F.C.A.) in support of argument decision under review interlocutory, therefore duty to provide reasons under s. 169 not arising—*Faghihi* providing guidance with regard to question of whether decision made on application under RPD Rules, r. 55(1) interlocutory or final—In *Faghihi*, Evans J. (as he then was) stating “motion to reopen decision interlocutory matter because if granted, it will not be a final disposition of the case”—Accordingly, Act, s. 169 not coming into play and RPD Rules, r. 61 not applicable—Although decided under different statutory scheme, no cogent reason to depart from *Faghihi* reasoning—But, procedural fairness requiring some form of reasons given importance of decision to applicant—Applicant received reasons in form of Registrar’s response to Court’s request for reasons under Federal Court Immigration and Refugee Protection Rules, r. 9—Such reasons sufficient as setting out Board member’s actual reasons for decision, giving applicant understanding of why application to reopen rejected—Under RPD Rules, r. 55, applications to reopen may only be allowed where breach of natural justice can be established—R. 55 intended to codify case law establishing Board having inherent jurisdiction to reopen refugee claim only where principle of natural justice breached—No reviewable error in decision—Application dismissed—Refugee Protection Division Rules, SOR/2002-228, rr. 55,

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

61—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 169—Federal Court Immigration and Refugee Protection Rules, SOR/93-22 (as am. by SOR/2002-232, s. 1), r. 9.

ALI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6708-03, 2004 FC 1153, Mosley J., order dated 19/8/04, 13 pp.)

STATUS IN CANADA*Convention Refugees*

Judicial review of dismissal by Immigration and Refugee Board of application for refugee status and for protection—Applicant, 24-year-old Tamil female from Sri Lanka, claimed family harassed by Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE) for several years—As result, moved to Colombo—In July 2001, following attacks by the Tigers, applicant detained for three days and physically mistreated—Released upon payment of bribe to police officials—Board concluded, that this Court has held, short periods of detention for purposes of preventing disruption or dealing with terrorism not constituting persecution—On matter of bribery, Board commenting this Court has upheld internal flight alternative (IFA) determination even where bribe paid to facilitate release—Board further held, under Immigration and Refugee Protection Act (Act), s. 97, since not refugee, applicant had higher burden of proof in respect of claim to be “person in need of protection”—Application allowed—Board erred as to burden of proof under Act, s. 97—Finding short detentions not constituting persecution only partially correct—While short detentions for legitimate enforcement purposes not generally constituting persecution, Board required to consider particular circumstances of each applicant, including such factors as age, prior experiences—No such consideration in this case—Manner of release from detention could also be relevant—Board erred in dismissing bribery issue by linking it exclusively to IFA determination—Pervasiveness of demands for bribes relevant to issue of state protection—Board should consider whether bribery persecution—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 97.

KULARATNAM V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3530-03, 2004 FC 1122, Phelan J., order dated 12/8/04, 5 pp.)

Judicial review of Immigration and Refugee Board’s decision applicant excluded from definition of Convention refugee pursuant to United Nations Convention Relating to Status of Refugees, Art. 1E—Art. 1E providing Convention not applicable to person recognized by authorities of country of residence as having rights, obligations attached to possession of nationality of that country—Applicant 30-year-

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

old daughter of Tibetan refugees—Born in India, but considered to be citizen of People's Republic of China—As Tibetan resident of India required to renew Registration Certificate (RC) annually—Residing in India until 1994 when travelled to United States for purposes of study, employment—In 1994 obtained Identity Certificate (IC) which must carry with her along with visa when visiting India—In addition, to return to India to live, would have to obtain No Objection for Return to India (NORI), and new RC—Residing in United States until 2003 when arrived in Canada, claimed refugee protection—Board concluding applicant had normal rights, obligations of Indian citizen—Application allowed—Exclusion pursuant to Art. 1E requiring examination of all circumstances—Most relevant factor herein right of return, nature of residence—Need for annual RCs, ICs, visas, NORIs, prohibition against visiting certain locations within India antithetical to basic rights of status as nationals—Tibetans' existence in India at sufferance of Indian government—Not amounting to same basic rights of status as nationals—Board erred in concluding applicant within exclusion set out in Art. E—Evidence as to whether Tibetans may apply for Indian citizenship inconclusive—United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1E.

CHOEZOM V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1420-04, 2004 FC 1329, von Finckenstein J., order dated 28/9/04, 7 pp.)

CROWN**TORTS**

Plaintiff began receiving Canada Pension Plan (CPP) disability benefits in 1989—Benefits terminated October 1, 1997, but eventually retroactively reinstated shortly after plaintiff commenced this action—Even though obtained benefits sought, plaintiff continued action for other forms of relief arguing negligence, violation of Charter rights—Action dismissed—Liability for negligence requiring duty of care, breach of that duty, resulting injury to other person—Plaintiff failed to show respondent owed him duty of care—Policy considerations preventing Court from recognizing duty of care even though proximity, foreseeability established—In this context "policy considerations" including concern not to create form of indeterminate liability—In addition, existence of alternative remedies militating against recognition of new duty of care—Canada Pension Plan, s. 66(4) providing mechanism by which errors can be corrected—As well, availability of judicial review from defendant's decision presenting sound policy reason not to recognize duty of care on defendant's part—Judicial review providing reasonably expeditious means of obtaining principal goal (payment of

CROWN—Concluded

arrears), costs—Plaintiff arguing defendant breached Charter, s. 7 right to liberty and security of the person—Citing various decisions of Supreme Court of Canada that, according to plaintiff, expand concepts of liberty and security of the person to point that they cover distress suffered when benefits suspended and reinstated only after considerable delay—As to liberty, Supreme Court holding where state interferes with person's fundamental life choices, s. 7 may apply—However, recently stating purely economic interest not included in s. 7—Plaintiff not establishing violation of Charter rights—Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, C-8, s. 66(4) (as am. by S.C. 1995, c. 33, s. 31)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

SCHUEUNEMAN V. CANADA (HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT) (T-974-01, 2004 FC 1084, O'Reilly J., judgment dated 6/8/04, 9 pp.)

EMPLOYMENT INSURANCE

Judicial review of Umpire's decision reversing Board of Referees' (Board) decision respondent disentitled from employment benefits under Employment Insurance Act (Act), s. 11(4)(a)—Respondent working alternate weeks as bar manager, drawing employment insurance benefits during off time—Board concluded respondent not unemployed when laid off work due to prearranged period of leave resulting from working longer work week and then returning to work following week—Umpire said Board misinterpreted facts by relying on piece of evidence filed by Commission, which reported erroneously that respondent had stated that regular bar hours amount to 42 hours a week but other activities, such as catering and other parties, added another 10 or more hours to total—Umpire said actual facts respondent never worked more than 42 hours per week and on alternate week may have worked, if at all, 10 more hours—Umpire erred in law in interfering with finding of Board—Determination under s. 11(4) requiring evidence claimant worked more than usual number of hours normally worked in week by persons employed in full-time employment—Question of fact—Umpire should not intervene unless reviewable error—Procedure before Umpire not appeal in usual sense but circumscribed review—Board pivot of entire system put in place by Act for purpose of verifying, interpreting facts—There was evidence supporting Board's conclusion respondent's regular scheduled hours and extra hours completed during same week—Nothing in record, reasons indicating basis for Umpire's assertion error committed by employment insurance officer in recording conversation—Therefore open to Board to conclude respondent regularly worked greater number of hours than normally worked in

EMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

week by persons employed in full-time employment—Application allowed—Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, s. 11(4)(a).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. MERRIGAN (A-92-03, 2004 FCA 253, Desjardins J.A., judgment dated 28/7/04, 7 pp.)

HUMAN RIGHTS

Judicial review of CHRC decision dismissing complaints against Treasury Board (TB), Natural Resources Canada (NRC)—Applicant complaining termination by NRC, TB's termination policy discriminatory—Four years after began working at NRC as Senior Technical Analyst, applicant diagnosed with myalgic encephalomyelitis, which causes profound fatigue—Worked from home—Given leave without pay—Later provided doctor's letter unable to return to work for many years—Refused medical retirement because involved benefits reduction—Eventually terminated for cause (unable to discharge duties)—Termination letter cited Financial Administration Act, s. 11(2)(g) (now Public Service Employment Act, s. 31), failure to attend scheduled medical appointment to determine when able to return to work—Applicant grieved to PSSRB alleging victim of discrimination as terminated due to illness—Grievance denied, Board not satisfied Canadian Human Rights Act (CHRA), Charter violated—Cullen J. denied application for judicial review of Board decision (*Scheuneman v. Canada (Treasury Board)*, [2000] 2 F.C. 365 (T.D.)), finding impugned policy flexible enough to accommodate even those whose illness prevents them from returning to work for many years—According to Cullen J., applicant terminated because too stubborn to accept that leave was, by its nature, temporary measure—No *prima facie* discrimination, contrary to Charter, s. 15(1)—Appeal to F.C.A. dismissed, Court pointing out basic requirement of employment relationship that temporarily disabled employee be able to return to work within reasonable period of time—Court added that employer to whom Charter applies not obliged by s. 15 to comply with best employment practices—S.C.C. denied leave to appeal and later rejected application to reconsider denial of leave—Applicant persevered, unsuccessfully seeking judicial review by Federal Court of S.C.C. decision not to reconsider leave application—Applicant also filed complaints with CHRC, based on CHRA, ss. 7, 10—Investigator recommended dismissal of complaints—After Court cases decided, CHRC issued decision dismissing complaints—CHRC found respondent had attempted to accommodate complainant and termination policy not based on enumerated ground of discrimination—Applicant's position: Board policy discriminates against disabled, does not provide for sufficient accommodation of individual differences, violates CHRA, s. 10—Argues issue not decided at grievance proceedings, there being differences

HUMAN RIGHTS—Continued

between Charter, s. 15 and CHRA, ss. 7, 10—Court's view: differences arise after *prima facie* case demonstrated—Under CHRA, once *prima facie* discrimination is shown, accommodation becomes the issue and this involves a narrow inquiry into specific situation of employer, employee—Prior Court decisions herein have finally determined *prima facie* case not made out—Issue of *prima facie* case specifically addressed by Cullen J., F.C.A.; latter decision was binding authority—Another issue was whether CHRC breached procedural fairness rules by deciding case without reviewing certain documents applicant had provided to investigator—Not alleged investigator failed to consider these documents—Binding authority is F.C.A. decision in *Canada (Human Rights Commission) v. Pathak*, [1995] 2 F.C. 455 (C.A.), holding Commission not required to consider documents before investigator in preparing report—Investigator performed independent analysis, did not just rely on decision of Cullen J.—Applicant argued *bona fide* occupational requirement exception inapplicable as designed for situations where person can actually work at job—Unnecessary to decide issue in view of applicant's failure to demonstrate *prima facie* case of discrimination but, had it been shown, CHRA, s. 15 exception would have applied—Commission's decision was reasonable—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 7, 10 (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 13), 15 (as am. *idem*, ss. 10, 15)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] s. 15—Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 11(2)(g) (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 81)—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 31 (as am. by S.C. 1995, c. 17, s. 9).

SCHEUNEMAN v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-90-02, T-91-02, 2004 FC 1157, Simpson J., order dated 20/8/04, 15 pp.)

Judicial review of CHRC decision dismissing complaint Treasury Board (TB) (employer) discriminated on basis of disability—Applicant says TB declined to accommodate her disability, forced her retirement from public service—Challenges TB policy disabled employees on leave without pay must, within two years return to work, retire or face dismissal for cause—Issues: (1) whether CHRC erred in concluding termination of disabled employee unable to indicate definite return-to-work date not *prima facie* discrimination; (2) whether CHRC breached natural justice, procedural fairness principles by failing to thoroughly investigate discrimination allegations—Applicant, Immigration Examination Officer, diagnosed with Chronic Fatigue Syndrome in 1987—After seven weeks on sick leave, returned to work part-time until 1990, then full-time—Reassignment sought in 1993 due to deteriorating health,

HUMAN RIGHTS—Continued

granted in 1994—Same year diagnosed with fibromyalgia and began working part-time—Doctor recommended full-time leave in January, 1997; in March respondent recommended medical retirement but applicant refused—In May, 1999 TB put applicant to election: return to work or take medical retirement—When TB denied request to let her remain on leave without pay, applicant grieved—After denial of personal needs leave, applicant took medical retirement, filed complaints with CHRC—In denying complaints, CHRC noted her physician certified she was incapable of occupying any gainful employment on regular basis—As for TB policy, CHRC held it did accommodate those with disabilities and difference between disabled employees able to provide return date, those unable to do so, was not based on enumerated ground of discrimination—Investigator's report indicated evidence failed to support allegation TB policy was here applied in discriminatory fashion—1996 agreement between TB, Sun Life requires departments to enforce policy within two years of start of leave without pay—Report cited *Scheuneman v. Canada (Attorney General)*, [2000] 2 F.C. 365 (T.D.), affirmed by F.C.A., in support of conclusion policy not in itself discriminatory—Report explained purpose of leave without pay to provide temporary respite, allow worker to maintain employment continuity—Applicable review standard is reasonableness *simpliciter*: *Chopra v. Canada (Attorney General)* (2002), 222 F.T.R. 236 (F.C.T.D.)—Under TB's leave without pay policy, managers under obligation to "resolve . . . leave without pay situations within two years of the leave's commencement" but this applies only in case of illness or injury—This differentiation is essence of discrimination: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143—In failing to recognize *prima facie* discrimination, report did not represent proper analysis—Attorney General's submission, that *bona fide* occupational requirement analysis was "implicit", rejected; such analysis was entirely absent—Report's statement, that the policy did not treat disabled employees on leave without pay differently than employees on leave without pay for other reasons, was patently false—Statement difference between disabled employees able or not able to indicate return date not based on an enumerated ground of discrimination not in accordance with case law—Difference based on degree of disability, a prohibited ground of discrimination—*Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs*, [1996] 3 S.C.R. 566 authority for proposition that establishing categories within prohibited ground can lead to discrimination—Fact employer's policy provides for accommodation not *per se* negating fact of *prima facie* discrimination—While accommodation may be a defence, does not negate existence of discrimination: *Canada (Human Rights Commission) v. Toronto-Dominion Bank*, [1998] 4 F.C. 205 (C.A.)—Legal effect of defence, if established, is to place discriminatory practice outside

HUMAN RIGHTS—Concluded

prohibited category—While Attorney General conceded CHRC erred in not finding *prima facie* discrimination, argued Commission's conclusion not unreasonable: *Syndicat national des employés municipaux de Pointe-Claire v. Pointe-Claire (Ville)*, [2000] J.Q. No. 988 (C.S.) (QL), but case distinguishable—Also distinguishable was *Scheuneman*, in which Cullen J. failed to address policy as such in finding *Scheuneman* had been reasonably accommodated—Judge looked at implementation of policy, not content—CHRC decision herein fatally flawed by error in law (finding that no *prima facie* discrimination in TB leave without pay policy)—Turning to natural justice, procedural fairness issue, while CHRC, as administrative, screening body, accorded considerable latitude in deciding whether case move to inquiry stage, finality of decision mandates careful review and failure to address substance of complaint will lead to conclusion investigation flawed for lack of thoroughness—Here, investigator failed to address at all substance of complaint: once leave without pay granted, accommodation not further discussed—No evidence alternatives to forced retirement, predicting return-to-work date, considered—Despite two-year window, policy does allow for leave extension, taking into account worker's special recovery needs: "the period of such leave without pay must be flexible enough to allow managers to accommodate the needs of employees with special recovery problems, including their retraining"—Could be said applicant had "special recovery problems" needing accommodation—No evidence investigator verified how policy enforced in respect of others similarly situated, obvious starting point in determining whether applicant discrimination victim—Accommodation after leave without pay granted never dealt with—Decision fatally flawed due to investigator's insufficient thoroughness—On several issues, investigator accepted respondent's viewpoint, perfunctorily rejecting applicant's serious allegations—CHRC decision failed to explain why lack of accommodation offered not in itself discriminatory, how it defined undue hardship—Applicant never asked to be retained indefinitely, just sought extra time to recover, consider options—Denial of this request never justified by respondent, explored by CHRC—Impugned decision set aside, complaint to be reviewed by different investigator.

SKETCHLEY V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(T-125-03, 2004 FC 1151, Beaudry J., order dated
20/8/04, 28 pp.)

INJUNCTIONS

Motion for stay of proceedings and interlocutory injunction—Elk Valley Coal Corporation, Canadian Pacific Railway Company (CPR) entered into confidential contract re: transportation of coal from Elkview mine—Contract expired,

INJUNCTIONS—Concluded

but CPR argued Elk Valley bound by other confidential contract—Following failure of negotiations for new agreement re: Elkview coal, Elk Valley submitted matter to Canadian Transportation Agency (CTA) for final offer arbitration—CPR seeking stay of proceedings before CTA, order enjoining CTA from referring matter to arbitration and Elk Valley from proceeding with arbitration—Application of three-pronged test for granting of stay: *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311—CPR arguing serious question to be tried whether Elk Valley bound by confidential contract, and thus precluded from seeking final offer arbitration—Number of difficulties with CPR's position—However, low threshold for first criteria, met in this case—Cost of arbitration process not irreparable harm—Publication of rates awarded in arbitration in tariff also not irreparable harm given Elk Valley's undertaking not to require publication until application decided by CTA—As to disclosure of confidential commercial information, here, unlike in access to information litigation, disclosure incidental issue, not necessarily irreparable harm—Affidavit filed in support of motion not indicating nature of information disclosure of which prejudicial—If CPR correct and confidential contract in force, no evidence information still sufficiently relevant in 2007 when contract up for renewal so as to embarrass CPR in renewal negotiations—Irreparable harm not demonstrated—Not necessary to address balance of convenience—Motion dismissed.

CANADIAN PACIFIC RAILWAY CO. v. CANADA (TRANSPORTATION AGENCY) (A-546-04, 2004 FCA 347, Pelletier J.A., order dated 15/10/04, 10 pp.)

LABOUR RELATIONS

Judicial review of decision ([2003] D.A.T.C. No. 392 (QL)) by an adjudicator appointed pursuant to Canada Labour Code, dismissing complaint of unjust dismissal by applicant—Applicant employed by respondent—Following several absences, respondent asked applicant to provide notes from physician, which he did not do—Director of human resources warned applicant about his conduct, attitude to work, attendance and poor test results—Applicant ultimately dismissed when unable to provide reasons for further absence—At hearing adjudicator dismissed applicant's allegations that because respondent required too many night shifts of him, he had become ill, and that respondent had not observed return to work procedure following absence on account of illness—Applicant's affidavit filed in connection with application for judicial review not admissible because based on beliefs or suppositions, as well as speculation, argument and legal conclusions—Whether adjudicator contravened Official Languages Act by presiding over hearing because insufficient understanding of English—Court does not have

LABOUR RELATIONS—Concluded

jurisdiction to decide this point as another appropriate remedy exists, namely that set out in Official Languages Act, s. 58—Application dismissed—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2—Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, s. 58.

BAKAYOKO V. BELL NEXXIA (T-1755-03, 2004 FC 1408, Shore J., judgment dated 14/10/04, 11 pp.)

PATENTS**PRACTICE**

Judicial review of Minister of Health's decision to issue notice of compliance (NOC) to Apotex for 20 mg omeprazole capsules without requiring respondent Apotex to address patents added to patent list after applicant ceased marketing drug in Canada—Applicant marketing "Losec" brand omeprazole since 1989—Withdrew 20 mg capsules from Canadian market in 1996, but continued to list new patents in association with capsules—Two new patents added to patent register in 2002 with respect to "Losec" capsules—Prior to September 1996, while new patents pending, Apotex' abbreviated new drug submission for 20 mg capsules approved—No allegation made re: new patents since not in effect at that time—Minister decided Apotex not required to address new patents, as applicant not fulfilling prerequisites of Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 5(1), and applicant failing to market "Losec" 20 mg capsules pursuant to NOC for which new patents listed—Standard of review correctness re: proper interpretation of "marketed" in Regulations, s. 5, patent unreasonableness re: whether "Losec" capsules marketed in Canada after 2002—Two determinations Minister must make under s. 5(1): whether relevant drug "marketed" in Canada by applicant; whether "marketing", if any, carried out pursuant to NOC issued to applicant "in respect of which a patent list has been submitted"—No requirement of relevant time period as to when drug "marketed"—Regulations only requiring drug marketed pursuant to a NOC for which a patent list submitted—Patented drug must be on market, available for comparative purposes—Here, drug not manufactured, sold pursuant to patents listed on register after applicant stopped marketing "Losec" 20 mg omeprazole capsules—Words in s. 5 referring to drug marketed in Canada pursuant to NOC in respect of which patent in question listed—Applicant's "Losec" capsules not marketed in Canada because marketing ceased in 1996, NOCs issued after 1996, patents added to register after 1996—Generic drug not expected to compare itself to drug not on Canadian market—Allowing patent drug company to delay generic drug by listing new patents for drug no longer sold in Canada abuse of Regulations—Minister's decision marketing of "Losec" 20 mg not resumed in 2002 not patently unreasonable based on evidence—Marketing

PATENTS—Concluded

requiring more than mere sales—Minister not breaching duty of fairness, applicant fully aware of facts, issues—Application dismissed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 5(1) (as am. by 98-166, s. 4; SOR/99-379, s. 2).

ASTRAZENECA CANADA INC. v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (T-261-04, T-262-04, 2004 FC 1277, Kelen J., order dated 20/9/04, 30 pp.)

PENITENTIARIES

Judicial review of Mission Institution Visitor Review Board (VRB) decision suspending applicant's visiting privileges for six months—Applicant outreach worker who attended "open house" visitation at Institution—Detector dog alerted officer applicant possibly in possession of illegal drugs—Applicant informed privileges suspended until VRB could review situation—Applicant proceeding to remove clothes, request strip search, thus creating disturbance—Later that day, applicant informed privileges suspended pending VRB hearing—After receiving written representations, VRB suspending applicant's privileges for six months—Not unreasonable for VRB to suspend applicant's visits on day of incident—Correctional Service Canada (CSC) officer not obligated to conduct strip search on request—CSC obligated only to inform applicant of reasons for refusal, provide opportunity to make representations—Applicant's visiting privileges fully restored January 14, 2004—Issue now moot—Court exercising discretion to consider substance of application in light of manner in which VRB treated applicant—CSC took 98 days to reply to applicant's request for copies of reports of officers who attended her at "open house", and replied only after applicant wrote to the Office of the Privacy Commissioner of Canada, despite fact applicant had written to CSC's "Access to Information and Privacy Department" earlier—Privacy Commissioner wrote to applicant, confirmed 30-day time limit to respond to information request, set out in Privacy Act, s. 14, not met, complaint well-founded—Applicant's request for hearing by conference call unanswered, matter adjourned without applicant being notified—Submissions before VRB never provided to applicant—Applicant never given opportunity to contest, comment on officers' statements, observation reports before VRB—Concern expressed with manner CSC handled review—VRB violated duty to act fairly—As applicant not solicitor Court limited to awarding estimate of expenses incurred, fixed at \$500—Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 14.

SOPER v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1828-03, 2004 FC 1457, Rouleau J., order dated 22/10/04, 11 pp.)

PENSIONS

Appeals from T.C.C. decision allowing respondents' appeals from Minister of Human Resources Development Canada (HRDC) decisions under Old Age Security Act (OASA) re: applications for spouse's allowance, payment of guaranteed income supplement (GIS)—Respondents Maurice Mahy and spouse Marie Mahy—Maurice Mahy's reported income for 2000 minus \$2,736 once GIS, OASA pension received deducted—HRDC interpreting OASA, s. 2 definition of "income" as not allowing negative income, adjusting Maurice Mahy's income to \$0—Marie Mahy's income \$2,736—Respondents' request allowance, GIS be redetermined using joint income of \$0 unsuccessful—T.C.C.'s brief reasons in support of allowing appeal from that decision inadequate, contrary to Tax Court of Canada Act, s. 18.23—Whether "income" under OASA, s. 2 including negative income—Under Income Tax Act (ITA), "income" referring to zero amount or positive amount according to T.C.C., F.C.T.D. cases—Federal Court of Appeal herein agreeing ITA containing no notion of negative income—Notion of "income" in OASA same as in ITA—Purpose of deduction from income allowed in OASA not to create, determine loss but to ensure benefits under OASA not reduced by reason of receiving such income—Purpose also to determine whether pensioner entitled to maximum benefits—Pensioner, spouse entitled to maximum benefits when joint income zero—Negative income not increasing maximum benefits—Where pensioner using spouse's negative income to bring joint income to zero, deduction not taken to ensure benefits payable not reduced by reason of receiving such income, but rather to increase maximum payable benefits that would otherwise have been less—Such deduction would allow respondents to be in better position than pensioners really having no income—This not intent of OASA—T.C.C. erred in ruling negative income concept exists, can be used to reduce, offset income of spouse—T.C.C. also erred in holding GIS miscalculated, as GIS not affected whether joint income of \$2,736 or joint income of \$0 used in computation—Appeals allowed—Old Age Security Act, R.S.C., 1985, c. O-9, s. 2 "income" (as am. by S.C. 1999, c. 22, s. 87)—Tax Court of Canada Act, R.S.C., 1985, c. T-2, s. 18.23 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.)), c. 51, s. 5)—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1.

CANADA (MINISTER OF HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT) v. MAHY (A-24-04, A-25-04, 2004 FCA 340, Létourneau J.A., judgment dated 12/10/04, 14 pp.)

Per Décary J.A. (Létourneau J.A. concurring): Application for benefits under Canada Pension Plan—First application dismissed by Minister under Plan, s. 81 March 17, 1997—Request for reconsideration denied February 4, 1998, appeal to Review Tribunal constituted under Plan, s. 82 dismissed May 10, 1999—Latter decision *res judicata* re: first application for benefits except for possibility of rescission,

PENSIONS—Concluded

amendment on new facts under Plan, s. 84(2)—Second application to Minister dismissed April 20, 2001, reconsideration denied September 25, 2001—Minister informing respondent March 17, 1997 decision no longer reviewable because *res judicata*, proper avenue to ask Tribunal, under Plan, s. 84(2), to revise on new facts May 10, 1999 decision—Review Tribunal constituted to hear appeal from Minister’s September 25 decision, not s. 84(2) application to reopen May 10, 1999 decision—Tribunal, in dismissing appeal, used words indicating dealing with s. 84(2) application, found no new facts—Respondent appealing decision to Pension Appeals Board—Minister moving to dismiss appeal on basis Board lacking jurisdiction to hear appeal because (1) if hearing before Tribunal with respect to second application, *res judicata* applied as result of Minister’s decision on first application, or (2) if hearing with respect to s. 84(2) application, Board had no jurisdiction to entertain appeal (as not constituted to hear such appeal)—Board dismissed motion—Tribunal error, if any, reviewable not by Board but by Federal Court through judicial review—Application allowed—*Per Evans J.A.* (dissenting): Board right not to grant Minister’s motion re: jurisdiction—Clear that whether “new facts” justifying change to 1999 decision always presented to Tribunal by Minister as primary issue in case—Minister cannot now deny Tribunal competent to deal with “new facts” issue, as this was issue put before Tribunal by parties—Given confusion surrounding case, concession from Minister’s counsel Tribunal’s reasons ambiguous on whether no “new facts” or “new facts” insufficient, *Evans J.A.* not prepared to conclude Board erred when dismissed motion to strike appeal—Board’s interpretation of Tribunal’s reasons reasonably open to it—Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, ss. 81 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.)), c. 30, s. 45; S.C. 1991, c. 44, s. 20; 1995, c. 33, s. 34; 2000, c. 12, s. 59), 82 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.)), c. 30, s. 45; S.C. 1991, c. 44, s. 21; 1995, c. 33, s. 35; 1997, c. 40, s. 85; 2000, c. 12, ss. 60, 64), 84(2) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.)), c. 30, s. 45).

CANADA (MINISTER OF HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT) V. FLEMING (A-124-04, 2004 FCA 288, Décarý and Evans J.J.A., judgment dated 9/9/04, 16 pp.)

PRACTICE

Bifurcation order—Motion to set aside order of Prothonotary not to bifurcate proceeding (order separate trials on issues of liability and damages)—Prothonotary set out number of practical, economic considerations for determining issue of separation—Many factors inspired, imported from Ontario Superior Court of Justice decision—Although helpful, list not exhaustive, factors not necessarily having same importance, must be adapted to nature of proceeding, particular, unique circumstances of each case—Order for

PRACTICE—Continued

separate determination of issues, pursuant to Federal Court Rules, 1998, r. 107, made if Court satisfied, on balance of probabilities, in light of evidence, severance more likely than not to result in just, expeditious, least expensive determination of proceeding on merits (r. 3)—Would have been wrong for Prothonotary to grant or refuse to grant bifurcation order on basis trial of liability issue would or would not have likely facilitated or led to settlement of issue of damages—Clear this not overriding consideration for refusing bifurcation order in case at bar—As to whether splitting will save time, money, Prothonotary properly understood issue to be decided on balance of probabilities, not higher standard—Requirement in Ontario decision that factual structure upon which action based “extraordinary” or “exceptional” alien to intent, wording of rr. 3, 107—Whether opposing party would suffer injustice also key factor—Injustice must be real, go beyond disadvantage of procedural nature—Complexity of certain patent infringement actions relevant factor where elements of just, most expeditious, least expensive determination on merits considered by Court—Here, Prothonotary applied proper legal test—Conclusion complexity of issues not warranting departure from general rule issues be tried together, based on evidence, reasonable—In view of positions parties took before Prothonotary, not necessary to determine whether Prothonotary erred in law in affording any weight to affidavit of defendant’s counsel—Both parties filed, relied on such affidavits, now legally introduced as evidence—Weight to be given to evidence matter better left to appreciation of Prothonotary—Fact evidence of defendant’s counsel found inconclusive in other proceeding not constituting general ground of appeal—Each case determined on own merits—No palpable, overriding misapprehension of facts in Prothonotary’s analysis of evidence—Prothonotary not fettering discretion—Conclusion based on her own appreciation of evidence, interpretation of circumstances of case—Appeal dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 3, 107.

MERCK & CO., INC. V. BRANTFORD CHEMICALS INC. (T-1780-03, 2004 FC 1400, Martineau J., order dated 13/10/04, 13 pp.)

Claim involving short delivery of grain—Plaintiff now seeking to add receiving grain terminal as party—Motion to add party requiring adjournment of matter already set for trial—Adjournments considered only in most exceptional circumstances as set out in Practice Note No. 4, February 17, 1993—Rules under which practice direction issued dealt with adjournments in different terms than Federal Court Rules, 1998, r. 36(1) which now permits adjournment from time to time on such terms as Court considering just—Federal Court of Appeal Circular No. 1/2000 guide, not binding principle—Providing that once hearing date fixed, adjournments will not

PRACTICE—Continued

be routinely granted, even on consent—Complexion of this case has changed—Appears proposed party could provide essential evidence thus suggesting adjournment should be granted—But defendants have already gone to some lengths to arrange for master of vessel to travel to Vancouver for trial; case now three years old and further delay will not improve recollection of witnesses—Matter not involving any great principle, monetary amount involved relatively small—Denying adjournment may result in separate proceedings against receiving grain terminal, but plaintiff not vigorously pursuing action thus far—Failure to take seriously matter of scale tickets, leading to recent discovery that scale tickets critical, not exceptional circumstance requiring adjournment and if scale tickets in good order and complete, thus establishing short delivery, all that is needed is witness from receiving grain terminal to sort matters out—Adjournment denied—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 36(1).

PARRISH & HEIMBECKER LTD. v. MAPLEGLLEN (THE)
(T-1315-02, 2004 FC 1197, Hargrave P., order dated 31/8/04, 7 pp.)

AFFIDAVITS

In context of appeal under Trade-marks Act, s. 56, motions to compel production of additional portions of share purchase agreement, in answer to undertakings allegedly given in course of cross-examination on affidavit, and for special procedure for filing parties' respective records—Cross-examination on affidavit not examination for discovery—As affiant being cross-examined testifying as witness, not as representative of party, no obligation to better inform self, and examining party having no right to request witness to undertake to make inquiries, provide answers to questions—Nonetheless, party freely undertaking to provide further answers bound to honour engagement—To request to produce any existing licensing agreements, respondent replied no such documents—Answer presupposing acceptance of undertaking as requested—To request to provide particulars of deal to extent dealing with these issues, respondent reasserting confidentiality, and stating no transfer of goodwill or intellectual property between companies—Such response more of substantive answer than refusal—Undertakings given, answers provided—Undertaking limited to that which respondent agreed to provide—As respondent having complete discretion as to whether to give requested undertaking, cannot be held to have undertaken any more than what it unequivocally agreed to, so long as interpretation it gave to request reasonably supportable—Applicant submitting not required to accept respondent's "bald" assertions in response to undertaking, that entitled to test assertions—Such is language of discovery—Cross-examination on affidavit not discovery, application not action

PRACTICE—Continued

—As application meant to proceed expeditiously, discoveries not contemplated in applications—Parties cannot expect summary process mandated for applications will permit them to test every detail of every statement made in affidavits or in cross-examinations against every document in opposing party's possession—If not required to accept witness's bald assertion in cross-examination, limited in endeavours to test assertion and witness's answers in course of cross-examination—Production of documents may only be enforced if listed or sufficiently identified in direction to attend duly served pursuant to Federal Court Rules, 1998, r. 91(2)(c)—Cross-examination on affidavit direct testimonial evidence of witness, not discovery of party—Cross-examination on affidavit should be approached with same circumspection as any cross-examination so as not to invite "bald" assertions, and be left having to attack witness's credibility or weight to be given to testimony as sole means of countering assertion—Party requesting answer by way of undertaking to make up for witness's lack of knowledge or reliance on documents not duly produced, does so at own peril—Unless specific agreement to adjourn cross-examination pending completion of undertakings, or that answers given to undertakings so clearly, demonstrably at odds with evidentiary record that equate to refusal or misconduct, no mechanism in Rules to re-open cross-examination to seek further production or put follow-up questions to witness—Nothing in answers herein can be construed as refusal or misconduct—Applicant submitting respondent intending to raise additional issues in its record than those raised by applicant, to which applicant would not have opportunity to reply—Submitting Court required to craft different mode of procedure whereby joint record filed to which parties filing memoranda of fact and law in reply, with applicant having opportunity to file submissions in reply to respondent's issues—Respondent objecting to such order—Circumstances neither unique nor unanticipated by Rules—R. 300(d) specifically providing appeals under s. 56 to be governed by rules applicable to all applications—S. 56 clearly contemplating appeal, rather than judicial review of decision; additional evidence not before Registrar may be adduced on appeal; Court on appeal may exercise any discretion vested in Registrar—Clearly open to respondent to raise issues other than those raised by applicant—Circumstances not justifying departure from established rules of procedure—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 91(2)(c), 300(d)—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 56.

AUTODATA LTD. v. AUTODATA SOLUTIONS CO. (T-20-04, 2004 FC 1361, Tabib P., order dated 4/10/04, 9 pp.)

COSTS

Plaintiffs sued Seed Hawk defendants for patent infringement, Simplot Canada Ltd. for inducing infringement

PRACTICE—Continued

by offering financial incentives to Seed Hawk to infringe—Patent's validity challenged by counterclaim—Following lengthy, protracted trial, action, counterclaim dismissed—Now before Court were motions regarding costs—Seed Hawk defendants claim double party-and-party costs in view of some seven settlement offers made in course of litigation—Plaintiffs saying not within Federal Court Rules, 1998, r. 420 as offers not remaining open to judgment date—Two requirements under r. 420: settlement offer must be in writing and not revoked—One "offer" not offer but mere inquiry as to settlement possibility—Some offers not in writing—Of three written offers, dated December 19, 1992, not limited in time, not responded to; one withdrawn; one lapsed one minute after opening of trial—While, in *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser* (2002), 220 F.T.R. 60 (F.C.T.D.), MacKay J. held offer open only to commencement of trial complied with r. 420(2), according to plain language of rule, offer must remain open until date of judgment to support double costs claim—Plaintiffs suggesting December 21, 1992 offer must be treated as revoked by later offers: *Canadian Pacific Forest Products Ltd. v. Termar Navigation Co.*, [1998] 2 F.C. 328 (F.C.T.D.)—In *Mackenzie v. Brooks* (1999), 130 B.C.A.C. 95 (B.C.C.A.) drew distinction between formal, informal offers: rejection of formal offer sounds in costs if case goes to trial but if both formal, informal offers outstanding at one time, opposing party may accept either—But not here question of formal versus informal offer—Significant that December 21, 1992 offer made prior to statement of claim being issued—Unclear whether offer at such time settlement offer under r. 420(2) as requires offer made by "defendant"—No "defendant" until statement of claim issued—But as issue not argued, Court assumed, for purposes of motions, offer within r. 420(2)—*Mackenzie* illustrating point that whether subsequent offer revokes earlier one is matter of intention—Settlement offer rules not necessarily to be read according to traditional contract theory—In offering lump sum payments for royalty-free licence, defendants had decided against continuing financial relationship with plaintiffs, impliedly revoked first offer—R. 420(2) inapplicable herein—But, defendants arguing even if rule inapplicable, Court has discretion to award double costs: *Champion International Corp. v. Sabina (The)* (2003), 227 F.T.R. 107 (F.C.T.D.)—"Automatic triggering" discussed in cases relied on by defendants was in relation to assessment officer's power to double costs on own initiative without reference to judge, not to r. 420(2) doubling—More fundamental objection: double costs under r. 400 allowing party to escape r. 420(2) burden of leaving offer open until judgment without loss of benefit—In that situation, no one would leave settlement offer open until judgment—May be that r. 420(2) is deeply flawed as having serious potential for unfairness, but that is matter for Rules Committee—Cannot be remedied by reading out r. 420(2)

PRACTICE—Continued

non-revocation requirement by resorting to r. 400—While r. 400 permits Court to take into account written settlement offers, it may not be used as less onerous version of r. 420(2) as would deprive latter rule of any effect—This was not case for double costs—As to appropriate scale of costs, by r. 407, party-and-party costs to be assessed under column III of table to Tariff B—This is default position, departure from which must be justified—Defendants sought costs assessment under column V of Tariff B on numerous grounds including: length of trial; plaintiffs' outrageous monetary demands at mediation before prothonotary; service of three of plaintiffs' expert affidavits consisting of more than 1,000 pages within two weeks of trial—Case law supports proposition costs increase based on complexity of issues is unjustified—Here, technology at issue was relatively straightforward but legal issues were more complex and fact many issues arose mid-trial, necessitating adjournments for research, argument, increased burden on counsel—That issues not trivial borne out by fact decisions in six interlocutory motions were published in topical law reports—Since these issues brought up by both sides, any tariff increase would apply to both in matters for which entitled to costs—No weight attached to arguments concerning production, volume of affidavits, equities being equally divided—Results of interlocutory proceedings not taken into account where costs liability depends primarily on success in action—Plaintiffs' decision to name individual directors as defendants should not impact upon costs assessment—Complex area of law and plaintiffs may not have acted improperly in adding them—Court not willing to engage in *ex post facto* assessment of counsel's conduct absent egregious abuse of process—Considering complexity of legal issues, Court prepared to depart modestly from default position, award Seed Hawk defendants costs at bottom end of column IV of Tariff B—Returning to impact of settlement proposals, that doubling unjustified does not mean offers to be entirely disregarded: r. 400(3)(e)—December 21, 1992 offer to enter into licence agreement recognized validity of patent, ought to have received more consideration than it did—Had offer been accepted, patent monopoly would have been confirmed, plaintiffs secured significant financial advantage, avoided ruinously expensive trial—Failure even to respond to offer was sufficient reason to increase costs—Seed Hawk defendants to have costs at high end of column IV of Tariff B—In all circumstances, appropriate to allow fees for junior counsel at trial, rate being 50% that allowed senior counsel—Whether assessment premature as appeal pending—In *Casden v. Cooper Enterprises Ltd.*, [1991] 3 F.C. 281 (T.D.), Stinson T.O. wrote that it was established principle that one taxation of costs should occur in relation to a cause of action at a time when taxing officer had benefit of final (not subject to further appeal) conclusion on substantive issues generated by action—But another line of cases holds filing notice of appeal does

PRACTICE—Continued

not stay execution of judgment, preclude assessment of costs at trial—While recognizing potential for multiple assessments in case of successful appeal, better view that final Court order must be given effect unless stayed—Law not that validity of final order put into question by filing of notice of appeal—No reason to make order amounting to stay of execution as to costs awarded defendants and costs should be assessed without awaiting appeal outcome—Lump sum not ordered, there being numerous issues regarding disbursements; matter better left to assessment officer—Costs of successful defence of counterclaim alleging invalidity—Case at bar on all fours with *Illinois Tool Works Inc. v. Cobra Anchors Co.* (2003), 312 N.R. 184 (F.C.A.) and plaintiffs not entitled to costs of defending counterclaim—Plaintiffs entitled to costs only with respect to matters for which they have been awarded costs in any event of the cause—Defendant, Simplot Ltd., sought doubling of costs due to settlement proposals—Question was whether written offer of December 16, 1994 deemed revoked by subsequent offers—Subsequent offers revealing Simplot no longer interested in collaboration with plaintiffs, interested only in ending litigation, expense and intended to revoke December 16, 1994 offer—Evidence disclosing Simplot took early, active role in dispute resolution attempt, made number of reasonable settlement proposals—When Simplot agreed to cease supporting Seed Hawk device until infringement issue resolved, plaintiffs achieved primary objective i.e. patent protection but did not respond to proposal thus justifying increase in scale of costs awarded Simplot—Simplot's costs to be assessed at top end of column IV (except for motions at which Simplot had kept watching brief or adopted Seed Hawk's position)—Matter of post- and pre-judgment interest dealt with in Federal Courts Act, s. 36(1), wherein reference made to laws in force in province where action arose—While trial in Manitoba, events said to have constituted cause of action all in Saskatchewan—Under Pre-judgment Interest Act, a Court shall not award interest on award of costs—But as for post-judgment interest on costs, in Saskatchewan judgment bears interest from date judgment given—Rate to be fixed by assessment officer—Costs of instant motions fixed at \$7,500 for Seed Hawk, Simplot—Each party to bear own costs of plaintiffs' costs motion—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 400, 407, 420, Tariff B—Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 36 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 9; 2002, c. 8, s. 36), 37 (as am. *idem*, s. 37)—Pre-judgment Interest Act, S.S. 1984-85-86, c. P-22.2, s. 5—Queen's Bench Act, 1998, S.S. 1998, c. Q-1.01, s. 77.

HALFORD V. SEED HAWK INC. (T-2406-93, 2004 FC 1259, Pelletier J., order dated 16/9/04, 37 pp.)

Motion for increased costs—Publishers had sued Law Society of Upper Canada (LSUC) for copyright infringement,

PRACTICE—Continued

authorizing infringement by providing copies of reported cases to members, permitting Osgoode Hall Great Library users to photocopy legal works—F.C.T.D. Judge made no costs award—F.C.A. found LSUC guilty of infringement yet denied publishers' request for permanent injunction—Considering importance, complexity of issues, divided success, F.C.A. ordered each party to bear own costs—But, upon further appeal, S.C.C. declared LSUC does not infringe copyright by making single copy, does not authorize infringement in permitting making of photocopies at Great Library—LSUC awarded "costs throughout"—LSUC now seeks lump sum award of costs of \$251,000 (fees) plus \$37,000 (disbursements), GST included—LSUC paid more than \$414,000—LSUC argued costs provided by Tariff unreasonable in circumstances of this appeal—Publishers arguing: (1) F.C.A. lacks discretion to award increased costs after S.C.C. judgment; (2) S.C.C. order of "costs throughout" allowed F.C.A. no discretion to order costs other than under Federal Court Rules, Tariff B, Column III: *Consorzio del Prosciutto di Parma v. Maple Leaf Meats Inc.*, [2003] 2 F.C. 451 (C.A.); (3) increased costs could not be awarded based on LSUC's representation before S.C.C. no special circumstances as to costs—As to first argument, S.C.C.'s award of "costs throughout" remitting to lower courts determination of costs in each Court in accordance with rules of such courts—As to second argument, when S.C.C. remits matter of costs, only fetter on Court's discretion in respect of costs that lower Court may not exercise discretion in manner inconsistent with S.C.C.'s costs award: *Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.*, [1999] 2 F.C. 175 (C.A.)—S.C.C. award of "costs throughout" neutral direction: F.C.A. may award increased costs, in accordance with Federal Court Rules, r. 400(1), (4)—As to third argument, LSUC submits its representations before S.C.C. were in context of solicitor-and-client costs, not increased party-and-party costs—Record not supporting argument S.C.C. considering *quantum* of party-and-party costs in F.C.A.—F.C.A. does possess jurisdiction to entertain increased costs application—Factors to be considered in awarding increased costs—Case involved issues having high degree of complexity, many never before considered in Canada—Argument in F.C.A. took three days while most appeals require only a half day—F.C.A. reasons for judgment 140 pages in length—Five interventions before S.C.C.—LSUC entirely successful in defending against publishers' claims—Increased costs award justified—But publishers arguing LSUC at outset sought only costs at maximum end of Column IV, Tariff B, amounting to just \$17,000, GST included—Original submissions of LSUC could not be completely overlooked so, while increased costs awarded, lump sum amount taking into account LSUC's earlier representations—LSUC substantially entitled to disbursements claimed, but considering paucity of evidence, some reduction

PRACTICE—Continued

should be made—LSUC claimed post-judgment interest from date of this Court's judgment (July 8, 2002); publishers suggested interest should run only from date F.C.A. makes costs order—Ontario's Courts of Justice Act, s. 129(1) providing money owing under order, including costs, bears interest from date of order; under s. 127(1), "date of the order" means date order made, even if not then entered, enforceable or varied on appeal—Publishers relied on case decided under Judicature Act, s. 40, predecessor of s. 129(1), *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley* (1973), 2 O.R. (2d) 92 (H.C.J.), wherein Grant J. ruled interest ran from date of taxation of costs—*Houser v. Township of West Lincoln* (1984), 46 O.R. (2d) 703 (H.C.J.) holding when C.A. varied trial judgment, interest ran from date of trial judgment—More recently, in *Roberts v. Aasen* (2003), 36 C.P.C. (5th) 185 (Ont. Sup. Ct.), McIsaac J., applying House of Lords decision in *Hunt v. R.M. Douglas (Roofing) Ltd.*, [1988] 3 All E.R. 823, ruled that under s. 129(1), interest on costs is payable from date of judgment, not assessment—*Houser* interpretation preferred to that in *Canadian Aero Service*—Interest herein should run from July 8, 2002—Rationale: where, as here, costs order made only after appeal to S.C.C., successful party out of pocket for costs for long time—Interest recognizes time value of money—Normally, no reason successful party's costs award should be eroded by series of appeals, taxation before securing result entitled to in first place—LSUC awarded \$80,000 for party-and-party costs plus interest at 4% from July 8, 2002 to payment date—Success on this motion being divided, no costs thereof awarded—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 400(1), (4), Tariff B, Columns III, IV, V—Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C-43, s. 127(1) "date of the order", 129(1)—Judicature Act, R.S.O. 1970, c. 228, s. 40.

CCH CANADA LTD. V. LAW SOCIETY OF UPPER CANADA (A-806-99, A-807-99, A-808-99, 2004 FCA 278, Rothstein J.A., order dated 25/8/04, 13 pp.)

DISCOVERY*Production of Documents*

Motion in writing for particulars—Usual courtesy to request particulars either by letter or by demand for particulars—That this preliminary approach no longer mandated by Federal Court Rules, 1998 (Rules) not making practice any less desirable—Concept of requesting furnishing of particulars, before making motion for particulars, endorsed in Practice and Procedure Direction No. 14, made in connection with Rules—Had defendants used letter of request, would have discovered at early date licensing agreement, which sought to have physically produced, in fact oral agreement—Request in notice of motion for production of licence vague—Required

PRACTICE—Continued

to name document sought in notice of motion—Form, function of notice of motion explained—*Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases*, Sweet & Maxwell, London, defines "notice" as "a direct and definite statement of a thing, as distinguished from supplying materials from which existence of such thing may be inferred"—Contents of notice must be specific; not to be implied from some other source—Definition of "motion" considered—Notice of motion giving notice court will be moved to make precise ruling—R. 359(1)(b) mentions that motion shall be initiated by notice of motion, in Form 359, setting out relief sought—Form 359 requiring precise relief sought on motion be set out in notice of motion—Defendants granted 30 days within which to serve, file notice of motion amended in conformity with usual practice, Rules, reasons herein—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 359(1)(b).

GRAND TANK (INTERNATIONAL) INC. V. DESTINY OILFIELD RENTALS (T-969-04, 2004 FC 1082, Hargrave P., order dated 5/8/04, 8 pp.)

"GAP" RULE

Applicants members of Omar Khadr's family, Canadian citizen detained by U.S. government as result of alleged involvement with Al-Qaida in Afghanistan—Application brought to compel Canada to extend consular, diplomatic services to him—Applicants now bringing motion under Federal Court Rules, 1998, r. 4 for order directing former Director General of Consular Affairs at Department of Foreign Affairs to attend before Court for examination—Arguing as no rule for examination of witnesses in judicial review application, resort to "gap" rule necessary—Supporting affidavit unacceptable as based on hearsay evidence—"Gap" rule one of last resort—Rules containing complete code for dealing with judicial review applications—Applicant not establishing proposed witness only source of information re: whether Vienna Convention on Consular Relations part of customary international law, common law, and re: practice of Department of Foreign Affairs in consular matters—Application unnecessary, premature—Application adjourned *sine die*—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 4—Vienna Convention on Consular Relations, March 19, 1967, 596 U.N.T.S. 261.

KHADR V. CANADA (MINISTER OF FOREIGN AFFAIRS) (T-686-04, 2004 FC 1393, von Finckenstein J., order dated 13/10/04, 8 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS*Stay of Execution*

Motion by applicant for stay of decision of Canada Industrial Relations Board imposing terms on parties to labour

PRACTICE—Continued

dispute ([2003] CIRB No. 230; [2003] C.I.R.B.D. No. 20 (QL)), and of order of this Court dismissing applications for judicial review ([2005] 1 F.C.R. 205) pending disposition by S.C.C. of leave to appeal application—Whether Court having jurisdiction to grant stays requested—Supreme Court Act, s. 65.1(1) authorizing court appealed from to order stay with respect to judgment from which leave to appeal being sought—Read literally, s. 65.1(1) not permitting Court to stay Board's order—Such interpretation seriously impeding Court's effective exercise of jurisdiction to stay own orders if not capable of staying order of tribunal underlying judgment of Court—Court may thus also stay order subject of its judgment when staying own order—If such interpretation wrong, on facts of present case, jurisdiction conferred by Federal Courts Act, s. 50(1)(b), allowing Court to stay proceedings in any cause or matter, or where in interest of justice—Present case distinguishable from *New Brunswick Electric Power Commission v. Maritime Electric Company Limited*, [1985] 2 F.C. 13 (C.A.) where Court held could not stay order of National Energy Board as no "proceedings" still before Board to be stayed—Here, Board expressly retained jurisdiction over any question arising from order, further proceedings contemplated to enable Board to deal with outstanding issues—Federal Courts Act, s. 50(1)(b) authorizing Court to stay Board from taking steps to execute, implement order—Whether applicant satisfying *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311 test for determining whether stay should be granted—Conceivable S.C.C. may grant applicant leave to appeal—Serious issue raised, especially in light of unusual nature of remedies imposed in Board decision, limitation imposed on free collective bargaining, dissenting reasons in F.C.A. decision—Sufficient information provided by applicant to establish irreparable harm if appeal successful, i.e. unrecoverable financial expenditures, disruption to labour relations to detriment of travelling public—Because motion seeking stay only until leave application dealt with (and not until S.C.C. decides merits of appeal if leave granted), balance of convenience favouring applicant—Motion granted—Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 65.1(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 40; 1994, c. 44, s. 101)—Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 50(1)(b) (as am. *idem*, s. 46).

VIA RAIL CANADA INC. v. CAIRNS (A-273-03, 2004 FCA 297, Evans J.A., order dated 15/9/04, 12 pp.)

PLEADINGS*Motion to Strike*

Appeal from Prothonotary's order ([2004] F.C.J. No. 421 (F.C.) (QL)) striking out action against defendants—Plaintiff assignee of lease for use of commercial ski area in Banff

PRACTICE—Continued

National Park—Park superintendent denying plaintiff use of gondolas during summer months—Judicial review of decision dismissed—Plaintiff commencing action against defendants—Prothonotary striking out action against Minister personally, individual defendants—Prothonotary also concluding issues raised in action sufficiently similar to those in judicial review to constitute abuse of process—Appeal of order striking individual defendants dismissed—As to abuse of process based on issue estoppel, judicial review proceeding concerned decision made before management plan (MP) for Banff National Park came into existence—In present action, decision at issue made at time when MP governing decision not to permit summer use of gondola—Court having to determine effect, status of MP, whether MP ministerial direction under Parks Canada Agency Act, whether MP amounting to fettering of discretion—Question to be determined in present action having very different factual, legal underpinnings than question decided in judicial review—Prothonotary proceeding under misapprehension of facts—First leg of test for issue estoppel set out in *Angle v. M.N.R.*, [1975] 2 S.C.R. 248 (same question decided) not met—Appeal allowed—Parks Canada Agency Act, S.C. 1998, c. 31.

PETER G. WHITE MANAGEMENT LTD. v. CANADA (MINISTER OF CANADIAN HERITAGE) (T-363-01, 2004 FC 1246, von Finckenstein J., order dated 14/9/04, 11 pp.)

PRIVILEGE

Appeal from Federal Court order ([2004] 2 F.C.R. 137) dismissing appeal from Prothonotary's order for disclosure of communications between Minister, legal advisors—Prothonotary holding implied waiver of legal privilege based on Minister's reliance in defence on consultation with lawyers to demonstrate reasonableness of delay in issuing notice of compliance—Appeal dismissed—No reversible error.

APOTEX INC. v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (A-05-03, 2004 FCA 280, Evans J.A., judgment dated 1/9/04, 2 pp.)

RES JUDICATA

Appeal from Prothonotary's decision ((2004), 255 F.T.R. 244 (F.C.)) striking out plaintiff's action with no right to amend—Plaintiff, employed with Human Resources Development (HRD) (then Department of Health and Welfare) from August 1992 to March 1993, not passing performance review—Had filed complaints to Commissioner of Official Languages (COL) during employment—Request for access to personal information in COL's file, made after inquiry, denied—Despite refusal, plaintiff commenced action against HRD (T-1977-94) based on COL findings concerning employment—F.C. finding HRD infringed Official Languages

PRACTICE—Continued

Act (OLA), but neither granting damages nor reinstatement—Plaintiff then lodging complaint with Privacy Commissioner re: COL decision not to divulge personal information—F.C. finding in favour of plaintiff (confirmed by S.C.C.)—Plaintiff now wanting to re-argue T-1977-94 in light of new (personal) information—No new substantive remedies being sought in present application—Applicable test re: exception to *res judicata* rule, admitting new evidence, set out in *Wavel Ventures Corp. v. Constantini* (1996), 193 A.R. 81 (Alta. C.A.): new evidence previously impossible to obtain with exercise of due diligence; capable of altering outcome of first trial—HRD having admitted to fault in T-1977-94, new evidence must be capable of altering amount of damages for test to be met—New evidence establishing no causal link between plaintiff's non-rehiring, breach of OLA, thus not altering outcome of first trial—Prothonotary not improperly exercising discretion to strike out motion based on lack of new evidence—Also properly denying amendment—Regarding part of claim dealing with COL's negligence, incompetence, fraud, bias, appellant not submitting evidence as to why OLA, s. 75(1) violating Charter, not disclosing arguments in support of submissions—Prothonotary's findings Privacy Act, s. 12 claim now *res judicata* because should have been raised earlier well founded—Argument refusal to disclose information amounting to fraud unsubstantiated—Appeal dismissed—Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, s. 75(1)—Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 12.

LAVIGNE V. CANADA (OFFICE OF THE COMMISSIONER OF OFFICIAL LANGUAGES) (T-2291-03, 2004 FC 1359, Blais J., order dated 1/10/04, 18 pp.)

VARIATION OF TIME

Motion for extension of time to serve statement of claim—Plaintiffs suing defendants for damage to flour milling machine shipped to Chile—Statement of claim served on defendant LCL eight days stale dated—Test for extension of time involving looking at, balancing circumstances, considering whether continuing intent to pursue claim, arguable case, prejudice to defendant if extension granted—Court must also consider whether extension essential to ensure justice done between parties—Explanation for delay in bringing motion weak—Although motion is for extension of time for service, not for validating service, exploration of circumstances of service relevant re: doing justice between parties—Federal Court Rules, 1998, r. 147, validating service, broad—Test whether or not material to be served came to notice of person to be served—Here, statement of claim came to notice of LCL, who acknowledged receipt, commented on claim—Ignoring fact LCL acknowledged receipt of statement of claim day after issued, took exception both to initial short

PRACTICE—Concluded

delay in service, delay in seeking extension, would be clear injustice—Motion granted—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 147.

ARROW CORPORATION INC. V. SEA TIGER (THE) (T-1916-03, 2004 FC 1502, Hargrave P., order dated 26/10/04, 8 pp.)

PRIVACY

Application under Privacy Act, s. 41 for access to information in RCMP, Interpol records—U.S.A. sought applicant's extradition to prosecute for supervised release violation—Authority to Proceed against applicant pursuant to Extradition Act, s. 15 issued on behalf of Minister of Justice—RCMP providing some, withholding other information under Privacy Act, ss. 22(1)(a)—Applicant complained to Privacy Commissioner—Complaint found not well-founded as information less than 20 years old, obtained in course of investigation by investigative body—Undisclosed documents filed under seal for purpose of this judicial review pursuant to prothonotary's order—Applicant's argument: RCMP did not conduct "investigation" but only monitored extradition proceedings—In alternative, if investigation conducted, was not for crime detection, prevention, or enforcement of Canadian law, as required by s. 22(1)(a)—As to Act, s. 19 exception, applicant says inapplicable, U.S.A. not having given information "in confidence" as extradition was matter of public record—Argued under s. 22(1)(b) RCMP had to show disclosure injurious to enforcement of law, and under s. 26, could redact names of third parties—Solicitor General's argument: exempted material pertains to investigation of application regarding Extradition Act enforcement—Case law holds question whether record within Privacy Act exemption to be reviewed according to correctness standard—Upon review of file, clear RCMP merely received information from Justice Canada that U.S.A. sought applicant for supervised release violation, having submitted extradition request—Only actions taken involved entering applicant's name on Canadian police database, communicating by e-mail with Justice re: status of extradition proceedings—Not constituting investigation within meaning of statute—No investigatory action undertaken—Commissioner erred, Court intervention warranted—As impugned decision based entirely on s. 22(1)(a), not for Court to consider other statutory exemption provisions—In any event, none of other exemptions appear applicable—One possible exception: letter from FBI to RCMP containing name of third party—Document to be given applicant with one paragraph redacted—Application granted—Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 19, 22, 26, 41—Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 15(1).

MAYDAK V. CANADA (SOLICITOR GENERAL) (T-73-04, 2004 FC 1171, Rouleau J., order dated 24/8/04, 9 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/cf/index.shtml> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/cf/index.shtml> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffé de la Cour d'appel fédérale ou de la cour Fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

ASSURANCE-EMPLOI

Contrôle judiciaire de la décision d'un juge-arbitre qui avait infirmé la décision d'un conseil arbitral, pour qui la défenderesse n'avait pas droit à des prestations d'emploi selon l'art. 11(4)a) de la Loi sur l'assurance-emploi (la Loi)—La défenderesse travaillait une semaine sur deux comme directrice de bar et recevait des prestations d'assurance-emploi pour la semaine où elle ne travaillait pas—Le conseil avait estimé que la défenderesse n'était pas en chômage puisque, lorsqu'elle ne travaillait pas, c'était parce qu'elle prenait un congé fixé à l'avance qui résultait d'une semaine de travail plus longue, et qu'elle retournait au travail la semaine suivante—Le juge-arbitre a dit que le conseil avait mal interprété les faits, en se fondant sur une preuve produite par la Commission, preuve qui indiquait à tort que la défenderesse avait déclaré que les heures normales d'ouverture du bar se chiffraient à 42 heures par semaine, mais que d'autres activités, comme la restauration et les fêtes, ajoutaient au moins 10 heures à ce total—Selon le juge-arbitre, la réalité, c'était que la défenderesse ne travaillait jamais plus de 42 heures par semaine et que, une semaine sur deux, elle pouvait travailler, tout au plus, 10 heures supplémentaires—Le juge-arbitre a commis une erreur de droit lorsqu'il a modifié la décision du conseil—Pour que l'art. 11(4) soit applicable, il doit exister une preuve montrant que le prestataire a travaillé davantage que le nombre d'heures qui sont habituellement travaillées au cours d'une semaine par des personnes employées à temps plein—Question de fait—Le juge-arbitre ne devait pas intervenir à moins que le conseil eût commis une erreur sujette à révision—La procédure introduite devant un juge-arbitre n'est pas un appel au sens habituel de ce mot, mais un contrôle circonscrit—Le conseil arbitral est le pivot de tout le système mis en place par la Loi pour ce qui est de la vérification des faits et de leur interprétation—La preuve autorisait la conclusion du conseil selon laquelle les heures normales de travail de la défenderesse, ainsi que ses heures supplémentaires, étaient faites durant la même semaine—Le dossier ne précisait nulle part sur quel fondement le juge-arbitre pouvait affirmer qu'un agent de l'assurance-emploi avait commis une erreur en consignait une conversation—Le

ASSURANCE-EMPLOI—Fin

conseil pouvait donc tout à fait conclure que la défenderesse travaillait habituellement plus d'heures que ne travaillent habituellement au cours d'une semaine des personnes employées à temps plein—Demande accueillie—Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 11(4)a).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. MERRIGAN (A-92-03, 2004 CAF 253, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 28-7-04, 7 p.)

BREVETS

PRATIQUE

Contrôle judiciaire de la décision du Ministre de la Santé par laquelle il a délivré des avis de conformité (AC) à Apotex pour des gélules d'oméprazole en doses de 20 mg sans exiger qu'Apotex dépose une allégation concernant les brevets ajoutés à la liste de brevets après que la demanderesse a cessé de commercialiser son médicament au Canada—La demanderesse a commencé à commercialiser l'oméprazole, portant la marque «Losec», en 1989—En 1996, la demanderesse a retiré du marché canadien les gélules d'oméprazole en doses de 20mg, mais elle a continué d'inscrire de nouveaux brevets sur la liste des brevets relativement à ces gélules—Deux nouveaux brevets ont été ajoutés en 2002 en ce qui concerne les gélules de «Losec»—Avant septembre 1996, époque à laquelle des demandes de nouveaux brevets étaient pendantes, la présentation abrégée de drogue nouvelle d'Apotex concernant les gélules d'oméprazole en doses de 20 mg a été approuvée—Apotex n'a pas fait d'allégation en ce qui concerne les nouveaux brevets parce qu'ils n'étaient pas encore en vigueur à l'époque en question—Le ministre a décidé qu'il n'était pas nécessaire qu'Apotex inclue dans sa demande une allégation relative aux nouveaux brevets parce que la demanderesse n'avait pas rempli les conditions préalables prévues à l'art. 5(1) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) et que la demanderesse n'avait pas commercialisé les gélules de

BREVETS—Fin

«Losec» de 20 mg en vertu des AC à l'égard desquels les nouveaux brevets avaient été ajoutés à la liste des brevets—La norme de contrôle de la décision correcte s'applique en ce qui concerne l'interprétation que doit recevoir le terme «commercialisé» qui figure à l'art. 5 du Règlement, et celle de la décision manifestement déraisonnable s'applique en ce qui concerne la question de savoir si les gélules de «Losec» ont été commercialisées au Canada après 2002—Le ministre doit trancher deux questions en application de l'art. 5(1): 1) le médicament en cause a-t-il été «commercialisé» au Canada par la demanderesse?; 2) la «commercialisation», le cas échéant, a-t-elle été effectuée en vertu d'un AC délivré à la demanderesse et «à l'égard [duquel] une liste de brevets a été soumise»—Le Règlement ne précise pas l'époque à laquelle le médicament doit être «commercialisé»—La seule exigence qu'impose le Règlement est que le médicament soit commercialisé en vertu d'un AC à l'égard duquel une liste de brevets a été soumise—Le médicament breveté doit être offert sur le marché, disponible pour comparaison—En l'espèce, le médicament breveté n'était pas un médicament fabriqué et vendu en vertu de brevets inscrits sur la liste de brevets après que la demanderesse a cessé de commercialiser les gélules d'oméprazole en doses de 20 mg portant la marque «Losec»—Compte tenu de son libellé, l'art. 5(1) vise un médicament commercialisé au Canada en vertu d'un AC à l'égard duquel une liste de brevets a été soumise—Les gélules de Losec de la demanderesse n'étaient pas «commercialisées» au Canada étant donné que leur commercialisation a cessé en 1996, que les AC ont été délivrés après 1996 et que les brevets ont été ajoutés au registre après 1996—On ne peut s'attendre à ce qu'un médicament générique soit comparé à un médicament qui n'est pas offert en vente sur le marché canadien—Permettre qu'un fabricant de médicaments brevetés retarde la mise sur le marché d'un médicament générique en inscrivant de nouveaux brevets sur la liste de brevets concernant un médicament qui n'est plus vendu au Canada constituerait une pratique abusive, contraire au Règlement—Compte tenu de la preuve, la décision du ministre selon laquelle la demanderesse n'avait pas recommencé à commercialiser ses gélules d'oméprazole de 20 mg en 2002 n'était pas manifestement déraisonnable—La commercialisation implique plus que de simples ventes—Le ministre n'a pas manqué à son devoir d'agir équitablement étant donné que la demanderesse était parfaitement au courant des faits et des deux questions en jeu—Demande rejetée—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5(1) (mod. par DORS/98-166, art. 4; 99-379, art. 2).

ASTRAZENECA CANADA INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (T-261-04, T-262-04, 2004 CF 1277, juge Kelen, ordonnance en date du 20-9-04, 32 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION**

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent d'immigration a déterminé que les motifs d'ordre humanitaire et l'intérêt public ne justifiaient pas le traitement au Canada d'une demande de résidence permanente—Le demandeur est un citoyen de Syrie dont la demande d'asile a été rejetée—Pour des motifs d'ordre humanitaires, il a demandé d'être exempté de l'obligation, prévue à l'art. 11(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, de présenter pareille demande à l'étranger (demande CH)—Selon le Manuel de Citoyenneté et Immigration Canada intitulé *IP5 Demande présentée par des immigrants au Canada pour des motifs d'ordre humanitaire*, l'équité procédurale exigeait que l'agent d'immigration renvoie l'affaire pour évaluation du risque s'il estimait que les motifs étaient insuffisants pour justifier l'approbation de la demande CH—L'agent d'immigration était également tenu d'obtenir du demandeur des précisions sur le risque personnalisé qu'il alléguait—L'agent d'immigration a omis d'agir à ces deux égards—Demande accueillie—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 11(1).

BABILLY C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1472-03, 2004 CF 1469, juge O'Keefe, ordonnance en date du 21-10-04, 12 p.)

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugiés a rejeté la demande de réouverture de la demande d'asile en vertu aux termes de la règle 55 des Règles de la Section de la protection des réfugiés (Règles de la SPR)—Le demandeur est un citoyen pakistanais de 23 ans—Il est arrivé au Canada en août 1999 avec un visa de visiteur et a obtenu un visa d'étudiant en février 2000—À la fin de février 2003, il a présenté une demande d'asile et a été jugé admissible à présenter cette demande le 5 mars 2003—Il n'a pas présenté de Formulaire de renseignements personnels à temps—La Commission n'a pas considéré que les explications du demandeur montraient qu'il avait véritablement l'intention de poursuivre sa demande d'asile—Elle a prononcé le désistement de la demande par un avis du 20 mai 2003—Demande de réouverture de la demande d'asile rejetée par la suite—La décision devait-elle être motivée en application de l'art. 169 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et, si oui, les motifs fournis étaient-ils suffisants?—La Commission a-t-elle commis une erreur en ne tenant pas compte de l'intention du demandeur de poursuivre sa demande d'asile lorsqu'elle s'est prononcée sur la réouverture de sa demande?—Le défendeur soutient que la Commission n'est pas tenue, en vertu de la LIPR ou des Règles de la SPR, de motiver le rejet de la demande de réouverture d'une demande d'asile—Il s'est appuyé sur l'arrêt

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Faghihi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2000] 1 C.F. 249 (1^{re} inst.), conf. par (2001), 274 N.R. 358 (C.A.F.) pour étayer son argument selon lequel la décision contestée est une décision interlocutoire et qu'elle n'a donc pas à être motivée en application de l'art. 169—L'arrêt *Faghihi* expose les critères qui permettent de décider si la décision rendue en vertu de la règle 55(1) des Règles de la SPR est définitive ou interlocutoire—Dans *Faghihi*, le juge Evans (tel était alors son titre) a déclaré que «une requête demandant la réouverture d'une décision est une "matière interlocutoire", puisque si elle était accueillie, elle ne trancherait pas le litige.»—Dès lors, ni l'art. 169, ni la règle 61 des Règles de la SPR ne sont applicables—Le contexte législatif de *Faghihi* était différent mais il n'existe pas de raison convaincante pour écarter le raisonnement tenu dans cette décision—Néanmoins, l'équité procédurale exige que la décision soit motivée, compte tenu de son importance pour le demandeur—Le demandeur a obtenu des motifs, à savoir la réponse fournie par le greffier à la demande de motifs présentée en vertu de la règle 9 des Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration et de protection des réfugiés—Ces motifs sont suffisants, étant donné qu'ils exposent les motifs à l'origine de la décision du membre de la Commission, et qu'ils expliquent pourquoi la demande de réouverture a été rejetée—Selon la règle 55 des Règles de la SPR, une demande de réouverture ne peut être acceptée que s'il y a eu violation d'un principe de justice naturelle—La règle 55 a pour but de codifier la jurisprudence d'après laquelle la Commission n'a le pouvoir inhérent de rouvrir une demande d'asile qu'en cas de violation d'un principe de justice naturelle—Absence d'erreur susceptible d'être révisée—Demande rejetée—Règles de la Section de la protection des réfugiés, DORS/2002-228, règles 55, 61—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 169—Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration et de protection des réfugiés, DORS/93-22 (mod. par DORS/2002-232, art. 1), règle 9.

ALI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-6708-03, 2004 CF 1153, juge Mosley, ordonnance en date du 19-8-04, 13 p.)

STATUT AU CANADA

Réfugiés au sens de la Convention

Contrôle judiciaire du rejet par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié d'une demande de statut de réfugié et de protection—La demanderesse, une Tamoule âgée de 24 ans du Sri Lanka, a allégué que sa famille a été harcelée par les Tigres de libération de l'Eelam tamoul (TLET) pendant plusieurs années—Ils ont donc déménagé à Colombo—En juillet 2001, après avoir été attaquée par les

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Tigres, la demanderesse a été détenue pendant trois jours et maltraitée physiquement—Elle n'a été mise en liberté qu'après qu'on eut payé un pot-de-vin aux fonctionnaires de la police—La Commission a conclu que, selon la jurisprudence émanant de la Cour, de courtes périodes de détention aux fins de prévenir des perturbations ou de lutter contre le terrorisme ne constituaient pas de la persécution—La Commission s'est contentée de dire, au sujet de la corruption, que la Cour avait confirmé des conclusions relatives à la possibilité de refuge intérieur (PRI) même lorsque des pots-de-vin avaient été payés pour rendre possible la mise en liberté—La Commission a en outre conclu qu'en application de l'art. 97 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (Loi), le fardeau de preuve dont la demanderesse devait s'acquitter pour démontrer qu'elle était une «personne à protéger» était plus lourd du fait qu'elle n'était pas une réfugiée—Demande accueillie—La Commission a commis une erreur quant au fardeau de la preuve sous le régime de l'art. 97 de la Loi—La conclusion selon laquelle de courtes périodes de détention ne constituent pas de la persécution n'est exacte qu'en partie—Bien que les détentions de courte durée justifiées par la nécessité de faire respecter la loi ne constituent pas, en règle générale, de la persécution, la Commission doit tenir compte de la situation particulière de chaque demandeur, dont l'âge et les expériences antérieures—Elle ne l'a pas fait en l'espèce—Les circonstances de la mise en liberté pourraient être pertinentes—La Commission a commis une erreur en écartant la question de la corruption lorsqu'elle a établi un lien exclusif entre cette question et la conclusion tirée quant à la PRI—L'omniprésence de la pratique consistant à exiger des pots-de-vin est pertinente lorsqu'il s'agit de la protection de l'État—La Commission devrait examiner la question de savoir si la corruption constitue de la persécution—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 97.

KULARATNAM C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3530-03, 2004 CF 1122, juge Phelan, ordonnance en date du 12-8-04, 5 p.)

Contrôle judiciaire de la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié par laquelle elle a conclu que la demanderesse était exclue de la définition de réfugié au sens de la Convention en conformité avec l'Art. 1E de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés—L'Art. 1E prévoit que la Convention ne sera pas applicable à une personne considérée par les autorités compétentes du pays dans lequel cette personne a établi sa résidence comme ayant les droits et les obligations attachés à la possession de la nationalité de ce pays—La demanderesse, âgée de 30 ans, est la fille de réfugiés tibétains—Elle est née en Inde mais elle est réputée citoyenne de la République populaire de Chine—La demanderesse, à l'instar de tous les autres résidents tibétains de l'Inde, a été tenue d'obtenir un

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

certificat d'enregistrement (CE) qui était renouvelé chaque année—Elle a résidé en Inde jusqu'en 1994, année où elle s'est rendue aux États-Unis dans le but d'y étudier et d'y travailler—En 1994, elle a obtenu un certificat d'identité (CI) qu'elle doit porter si elle souhaite visiter l'Inde—Si elle devait retourner en Inde pour y résider elle devrait également obtenir une déclaration de non opposition au retour en Inde (NORI) ainsi qu'un nouveau CE—La demanderesse a résidé aux États-Unis jusqu'en 2003 et s'est rendue cette même année au Canada et y a demandé l'asile—La Commission a conclu que la demanderesse bénéficiait des mêmes droits et obligations que les citoyens indiens—Demande accueillie—La question de savoir si une personne sera exclue en conformité avec l'Art. 1E exige un examen de toutes les circonstances en cause—Il est plutôt évident que le facteur le plus important est le droit de retourner dans son pays ainsi que la nature de la résidence—La nécessité d'obtenir un CE à chaque année, le CI, les visas, le NORI et l'interdiction de se rendre dans certaines parties de l'Inde sont l'antithèse des mêmes droits que ceux des ressortissants du pays—La présence des Tibétains en Inde n'est que tolérée par le gouvernement indien—Le droit de demeurer au pays fondé sur la tolérance n'est pas la jouissance des mêmes droits que ceux des ressortissants de l'Inde—La Commission a commis une erreur en concluant que la demanderesse était exclue selon l'Art. 1E—La preuve quant à savoir si les Tibétains peuvent demander la citoyenneté indienne n'était pas concluante—Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] Can. T.S. n° 6, Art. 1E.

CHOEZOM C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1420-04, 2004 CF 1329, juge von Finckenstein, ordonnance en date du 28-9-04, 7 p.)

COURONNE**RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE**

Le demandeur s'est vu octroyer des prestations d'invalidité par le Régime de pensions du Canada (RPC) en 1989—Ces prestations ont cessé le 1^{er} octobre 1997, pour être rétablies rétroactivement peu de temps après l'introduction de la présente action par le demandeur—Même s'il a obtenu les prestations demandées, le demandeur a continué son action pour obtenir d'autres réparations, plaidant la négligence et la violation de ses droits garantis par la Charte—Action rejetée—La responsabilité en négligence exige la présence d'une obligation de diligence, le défaut de la respecter et l'existence d'un préjudice à l'autre personne causé par ce défaut—Le demandeur n'a pas démontré que la défenderesse avait une obligation de diligence à son égard—Des considérations de politique peuvent empêcher les tribunaux de reconnaître l'existence d'une obligation de diligence, même lorsque le lien

COURONNE—Fin

étroit et la prévisibilité sont démontrés—Dans ce contexte, les «considérations de politique» comprennent la préoccupation de ne pas créer une forme de responsabilité indéterminée—De plus, l'existence d'autres recours milite contre la reconnaissance d'une nouvelle obligation de diligence—L'art. 66(4) du Régime de pensions du Canada fournit un mécanisme pour corriger les erreurs—De plus, la disponibilité du contrôle judiciaire de la décision de la défenderesse constitue une solide raison de politique pour ne pas reconnaître l'existence d'une obligation de diligence s'imposant à la défenderesse—Le contrôle judiciaire constitue une façon relativement expéditive d'atteindre l'objectif principal—Le paiement de l'arriéré—et d'obtenir les dépens—Le demandeur soutient que la défenderesse a violé le droit à la liberté et à la sécurité de la personne, garanti par l'art. 7 de la Charte—Le demandeur renvoie à diverses décisions de la Cour suprême du Canada qui, selon lui, auraient élargi les concepts de liberté et de sécurité de la personne à un point tel qu'ils comprendraient l'anxiété dont il souffre lorsque les prestations ont été suspendues et n'ont été remises en vigueur qu'après un délai considérable—S'agissant de la liberté, la Cour suprême a décidé que lorsque l'État intervient dans les choix fondamentaux qu'une personne peut faire dans la vie, on peut invoquer l'art. 7—Elle a toutefois déclaré récemment que l'art. 7 ne s'applique pas aux intérêts purement économiques—Le demandeur n'a pas démontré qu'on aurait violé ses droits garantis par la Charte—Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), C-8, art. 66(4) (mod. par L.C. 1995, ch. 33, art. 31)—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.

SCHEUNEMAN C. CANADA (DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES) (T-974-01, 2004 CF 1084, juge O'Reilly, jugement en date du 6-8-04, 9 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Contrôle judiciaire d'une décision rendue par la Commission canadienne des droits de la personne (CCDP) qui a rejeté des plaintes contre le Conseil du Trésor et contre Ressources naturelles Canada (RNC)—Le demandeur s'était plaint que son licenciement par RNC et la politique du Conseil du Trésor en matière de licenciement étaient discriminatoires—Quatre ans après qu'il eut commencé à travailler pour RNC à titre d'analyste technique principal, un diagnostic a confirmé qu'il souffrait d'une encéphalo-myéélite myalgique, laquelle occasionne une profonde fatigue—Pour cette raison, il a commencé à travailler à la maison—Le demandeur s'est vu accorder un congé sans solde—Plus tard il a remis à RNC une lettre de son médecin qui mentionnait qu'il serait incapable de retourner au travail pendant de nombreuses années—Le

DROITS DE LA PERSONNE—Suite

demandeur a refusé la retraite pour raisons médicales parce que cela comportait une réduction de prestations—En bout de ligne, il a fait l'objet d'un licenciement motivé parce qu'il était incapable de remplir ses fonctions—La lettre de cessation d'emploi faisait mention de l'art. 11(2)g) de la Loi sur la gestion des finances publiques (maintenant l'art. 31 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique) et du fait que le demandeur ne s'est pas présenté à l'examen médical qui avait été prévu afin de fixer une date de retour au travail—Le demandeur a déposé un grief auprès de la Commission des relations de travail dans la fonction publique (CRTFP) prétendant avoir été victime de discrimination parce qu'il a été licencié en raison de sa maladie—Le grief a été rejeté, la Commission n'étant pas convaincue que la Loi canadienne sur les droits de la personne (LCDP) ou la Charte ont été violées—La demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission a été rejetée par le juge Cullen (*Scheuneman c. Canada (Conseil du Trésor)*, [2000] 2 C.F. 365 (1^{re} inst.)), lequel a conclu que la politique est assez souple pour accommoder même les personnes qui ne peuvent travailler pendant plusieurs années par suite d'une maladie prolongée—Selon le juge Cullen, le licenciement du demandeur est la conséquence de son entêtement à refuser d'accepter que ce congé était, par sa nature même, une mesure limitée dans le temps—On ne peut pas affirmer que le traitement accordé au demandeur était discriminatoire à première vue au sens de l'art. 15(1) de la Charte—La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel du demandeur, soulignant que l'un des éléments fondamentaux de la relation employeur-employé est que l'employé souffrant d'une invalidité temporaire soit capable de recommencer à travailler dans un délai raisonnable—La Cour a ajouté qu'un employeur assujéti à la Charte n'est pas tenu par l'art. 15 de suivre les meilleures pratiques en matière d'emploi—La Cour suprême du Canada a refusé l'autorisation d'interjeter un pourvoi et, plus tard, elle a également rejeté la demande de réexamen de la décision de refuser l'autorisation d'interjeter un pourvoi—Le demandeur a persévéré et a demandé le contrôle judiciaire, par la Cour fédérale, de la décision de la Cour suprême du Canada de ne pas réexaminer sa demande d'autorisation d'interjeter un pourvoi et cette demande a été rejetée—Le demandeur a également déposé auprès de la CDP des plaintes fondées sur les art. 7 et 10 de la LCDP—L'enquêteur a recommandé le rejet des plaintes—Une fois les causes décidées, la CDP a rendu une décision dans laquelle elle a rejeté les deux plaintes—Elle a conclu que le défendeur a tenté de répondre aux besoins du plaignant et que la politique en matière de licenciement n'était pas fondée sur un motif énuméré de discrimination—Selon le demandeur, la politique de la Commission est discriminatoire envers les personnes handicapées, elle ne permet pas de composer suffisamment avec les différences individuelles et, par conséquent, contrevient à l'art. 10 de la LCDP—Il a prétendu

DROITS DE LA PERSONNE—Suite

que la question n'a pas été décidée dans le processus de règlement des griefs parce qu'il existe des différences entre l'art. 15 de la Charte et les art. 7 et 10 de la LCDP—Selon la Cour, ces différences apparaissent après qu'une preuve *prima facie* a été établie—Dans les affaires relevant de la LCDP, une fois qu'une preuve *prima facie* de discrimination a été établie, la réponse aux besoins d'une personne par un employeur devient la question en litige, ce qui entraîne une enquête limitée sur la situation précise d'un employeur et d'un employé—Selon les décisions rendues par les Cours en l'espèce, le demandeur n'a pas établi *prima facie* une preuve de discrimination—La question de la preuve *prima facie* a précisément été traitée par le juge Cullen et par la Cour d'appel fédérale; cette dernière décision est un arrêt de principe—Une autre question était de savoir si la CDP a contrevenu aux règles de l'équité procédurale en tranchant l'affaire sans examiner certains documents soumis à l'enquêteur par le demandeur—Il n'a pas été allégué que l'enquêteur a omis de tenir compte de ces documents—Une décision qui fait autorité est l'affaire *Canada (Commission des droits de la personne) c. Pathak*, [1995] 2 C.F. 455, dans laquelle la Cour d'appel fédérale a conclu que la Commission n'était pas tenue d'examiner les documents qui ont été soumis à l'enquêteur lors de la rédaction de son rapport—L'enquêteur a effectué une propre analyse indépendante et ne s'est pas uniquement fié à la décision du juge—Le demandeur a affirmé que l'exception de l'exigence professionnelle justifiée ne peut pas s'appliquer à sa situation parce qu'elle a été conçue pour s'appliquer à une situation dans laquelle une personne est capable d'occuper un emploi—Il n'était pas nécessaire d'examiner cette question, compte tenu que le demandeur n'a pas établi une preuve *prima facie* de discrimination, mais, s'il y avait eu preuve de discrimination, l'exception prévue à l'art. 15 de la LCDP aurait été applicable—La décision de la Commission était raisonnable—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 7, 10, 15 (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 10, 15)—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 15—Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 11(2)g) (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 81)—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 31 (mod. par L.C. 1995, ch. 17, art. 9).

SCHUNEMAN C. CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL)
(T-90-02, T-91-02, 2004 CF 1157, juge Simpson,
ordonnance en date du 20-8-04, 15 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision de la Commission canadienne des droits de la personne (CCDP) qui a rejeté une plainte alléguant que le Conseil du Trésor (CT) (l'employeur)

DROITS DE LA PERSONNE—Suite

avait fait preuve de discrimination fondée sur l'incapacité—La demanderesse affirme que le CT a refusé de tenir compte de son incapacité et l'a forcée à prendre sa retraite de la fonction publique—Elle conteste la politique du CT selon laquelle les employés qui souffrent d'une incapacité et qui sont en congé non rémunéré doivent, dans les deux ans, soit retourner au travail, soit prendre leur retraite, soit être congédiés pour un motif valable—Questions en litige: 1) il s'agissait de savoir 1) si la CCDP a commis une erreur de droit quand elle a conclu que le congédiement d'un employé atteint d'une incapacité qui n'est pas en mesure de préciser la date de son retour au travail n'était pas, à première vue, un acte discriminatoire; 2) la question est de savoir si la CCDP a violé les principes de justice naturelle ou d'équité procédurale en n'effectuant pas un examen complet des allégations de discrimination—La demanderesse, une examinatrice en matière d'immigration, a été diagnostiquée en 1987 comme souffrant du syndrome de fatigue chronique—Après un congé de maladie de sept semaines, elle est retournée au travail, à temps partiel jusqu'en 1990, puis à plein temps—Elle a sollicité une réaffectation en 1993 en raison de la détérioration de son état de santé et elle l'a obtenue en 1994—La même année, elle a été diagnostiquée comme souffrant de fibromyalgie et elle a commencé à travailler à temps partiel—En janvier 1997, son médecin a recommandé un congé à plein temps; en mars, le défendeur a recommandé une retraite pour des raisons médicales mais la demanderesse a refusé—En mai 1999, le CT a donné un choix à la demanderesse: retourner au travail ou prendre sa retraite pour des raisons médicales—Lorsque le CT a rejeté sa demande pour que soit prolongé le congé non rémunéré, la demanderesse a déposé un grief—Après s'être vu refuser un congé pour des raisons personnelles, la demanderesse a présenté une demande de retraite pour raisons médicales et elle a déposé des plaintes auprès de la CCDP—En rejetant les plaintes, la CCDP a fait remarquer que son médecin avait attesté qu'elle n'était pas en mesure d'avoir un emploi régulier rémunérateur—En ce qui concerne la politique du CT, la CCDP a décidé qu'elle permettait de tenir compte des besoins des personnes qui souffrent d'une incapacité et que la différence entre les employés qui souffrent d'une incapacité qui sont en mesure de prévoir la date de leur retour au travail et ceux qui ne sont pas en mesure de le faire n'était pas fondée sur un motif de distinction illicite—Le rapport de l'enquêteur a mentionné que la preuve n'était pas l'allégation selon laquelle, en l'espèce, la politique du CT avait été appliquée d'une manière discriminatoire—Une entente conclue en 1996 entre le défendeur et la Sun Life exige que les ministères appliquent la politique dans les deux ans à compter du début d'un congé non rémunéré—Le rapport a cité la décision *Scheuneman c. Canada (Procureur général)*, [2000] 2 C.F. 365 (1^{re} inst.), confirmée par la C.A.F., à l'appui de sa conclusion selon laquelle la politique n'est pas

DROITS DE LA PERSONNE—Suite

discriminatoire en soi—Le rapport a expliqué que le congé non rémunéré devait permettre à l'employé de bénéficier d'un répit temporaire et d'éviter l'interruption d'emploi—La norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable *simpliciter*: *Chopra c. Canada (Procureur général)* (2002), 222 F.T.R. 236 (C.F. 1^{re} inst.)—En vertu de la politique du CT relative au congé non rémunéré, la direction a l'obligation de «régler les cas de congé non rémunéré dans les deux ans qui suivent la date du début du congé», mais cela ne s'applique qu'en cas de blessure ou de maladie—Cette différence est l'essence même de la discrimination: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143—En ne reconnaissant pas l'existence à première vue de la discrimination, le rapport ne représentait pas une analyse appropriée—L'observation du procureur général, selon laquelle l'analyse de l'exigence professionnelle justifiée était «implicite», est rejetée; cette analyse était totalement absente—L'énoncé du rapport, selon lequel la politique ne traitait pas les employés qui souffrent d'une incapacité qui sont en congé non rémunéré d'une manière différente des employés qui sont en congé non rémunéré pour d'autres raisons, était manifestement faux—L'énoncé selon lequel la différence entre les employés qui souffrent d'une incapacité qui sont en mesure de prévoir la date de leur retour au travail et ceux qui ne sont pas en mesure de le faire n'est pas fondée sur un motif de distinction illicite n'est pas conforme à la jurisprudence—La différence est fondée sur le degré d'incapacité, un motif de distinction illicite—L'arrêt *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566, étaye la proposition selon laquelle la création de catégories en rapport avec un motif illicite peut constituer de la discrimination—Même si la politique de l'employeur prévoit un accommodement, cela ne veut pas dire qu'il n'existe pas, à première vue, de la discrimination—L'accommodement peut constituer un moyen de défense, mais il n'exclut pas la discrimination: *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Banque Toronto-Dominion*, [1998] 4 C.F. 205 (C.A.)—Ce moyen de défense, s'il est établi, a pour effet d'exclure l'acte discriminatoire de la catégorie des actes illicites—Bien que le procureur général ait concédé que la CCDP a commis une erreur en ne concluant pas qu'il y avait discrimination à première vue, il a fait valoir que la conclusion de la Commission n'était pas déraisonnable: *Syndicat national des employés municipaux de Pointe-Claire c. Pointe-Claire (Ville)*, [2000] J.Q. n° 988 (C.S.) (QL), mais on peut distinguer cette affaire des faits de l'espèce—Il en va de même pour l'arrêt *Scheuneman*, dans lequel le juge Cullen n'a pas traité de la politique en soi en concluant qu'on avait raisonnablement tenu compte des besoins de M. Scheuneman—Le juge a regardé la mise en application de la politique et non son contenu—La décision de la CCDP en l'espèce était entachée d'un vice fatal en raison d'une erreur de droit

DROITS DE LA PERSONNE—Fin

(conclusion que la politique du CT sur le congé non rémunéré n'était pas à première vue discriminatoire)—Quant à la question relative à la justice naturelle et à l'équité procédurale, bien que la CCDP, exerçant des fonctions d'administration et d'examen préalable, se soit vu accorder une très grande latitude pour décider si une affaire doit faire l'objet d'une enquête, la nature définitive de la décision exige un examen soigneux et si le fond de la plainte n'est pas examiné, il faudra conclure que l'enquête n'est pas valable parce qu'elle manque de rigueur—En l'espèce, l'enquêteur ne s'est pas penché sur le fond de la plainte: lorsque le congé non rémunéré avait été accordé, il n'avait plus été question d'accommodement—Il n'y a aucune preuve que d'autres solutions aient été envisagées à part la retraite obligatoire ou la précision de la date de retour au travail—Malgré le délai de deux ans, la politique prévoit la possibilité de prolonger le congé en tenant compte des besoins spéciaux du travailleur pour récupérer: «La période de congé non rémunéré doit être suffisamment souple pour permettre aux gestionnaires de tenir compte des besoins des employés ayant des problèmes particuliers de réadaptation, comme le besoin d'un recyclage»—On pouvait dire que la demanderesse souffrait de «problèmes particuliers de réadaptation» dont il fallait tenir compte—Il n'y a aucune preuve que l'enquêteur ait vérifié comment la politique avait été appliquée à l'égard d'autres personnes dans la même situation, le point de départ évident de l'analyse pour déterminer si la demanderesse avait été victime de discrimination—Il ne s'est jamais penché sur les mesures d'accommodement prises après le début du congé non rémunéré—La décision était entachée d'un vice fatal en raison de l'analyse incomplète de l'enquêteur—Sur plusieurs points, l'enquêteur a accepté l'opinion du défendeur, rejetant du revers de la main les graves allégations de la demanderesse—La décision de la CCDP n'a pas expliqué ni pourquoi l'absence d'accommodement n'était pas en soi discriminatoire, ni le sens qu'elle donne à l'expression «difficultés excessives»—La demanderesse n'a jamais demandé qu'on la garde indéfiniment; elle a juste demandé plus de temps pour récupérer et pour examiner les solutions possibles—Le refus de cette demande n'a jamais été justifié par le défendeur et il n'a pas non plus fait l'objet d'un examen par la CCDP—La décision contestée est annulée, la plainte sera examinée par un nouvel enquêteur.

SKETCHLEY C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(T-25-03, 2004 CF 1151, juge Beaudry, ordonnance
en date du 20-8-04, 28 p.)

FORCES ARMÉES

Contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal des anciens combattants (révision et appel) qui a refusé de réexaminer une

FORCES ARMÉES—Suite

décision d'un comité d'appel au motif que le comité n'avait commis aucune erreur susceptible de révision et que la lettre d'un témoin oculaire ne constituait pas une nouvelle preuve—Le demandeur a été membre des Forces canadiennes (les FC) de 1984 à 1991—Il prétend que ses troubles à l'épaule (subluxation chronique), diagnostiqués pour la première fois en 1993, résultent d'un traumatisme subi au cours d'un entraînement physique à la Base des FC Chatham en 1988—À cette époque-là, on lui a diagnostiqué une bursite—Sa demande de pension d'invalidité présentée en 1993 a été rejetée à tous les paliers—En 2002, il a demandé un nouvel examen en s'appuyant sur de nouveaux éléments de preuve, à savoir la lettre d'un témoin oculaire de la blessure de 1988 et un avis médical (les rapports McAllister) selon lequel il était raisonnablement probable que les troubles observés à l'épaule du demandeur avaient été causés par la blessure de 1988—Le comité s'est penché sur les observations du juge Teitelbaum dans la décision *MacKay c. Canada (Procureur général)* (1997), 129 F.T.R. 286 (C.F. 1^{re} inst.) et a appliqué le critère exposé dans l'arrêt *R. c. Palmer*, [1980] 1 R.C.S. 759, pour déterminer si la preuve nouvellement présentée en appel est suffisamment nouvelle et crédible pour justifier un réexamen—Le comité était d'avis que le critère *Palmer* n'était pas satisfait—La demande au Tribunal était notamment accompagnée d'une lettre expliquant pourquoi la lettre du témoin oculaire n'avait pas été produite plus tôt—Le Tribunal a rejeté la demande de réexamen, il a conclu que le comité n'avait commis aucune erreur susceptible de révision et il a estimé que la lettre ne constituait pas un nouvel élément de preuve—Dans la décision *MacKay*, le juge Teitelbaum a fait remarquer que la Cour ne devrait pas procéder à un «contrôle judiciaire en règle» de la première décision du comité—L'analyse réalisée dans la décision *MacKay* quant à la compétence d'une cour de révision n'empêche pas la Cour d'examiner cette décision pour juger si des erreurs de droit ou de fait potentielles ont été commises au moment du réexamen par le Tribunal—La Cour doit examiner la décision du comité pour décider si le Tribunal a évalué convenablement les motifs du comité, parce qu'elle doit être dans la même position qu'était le Tribunal lorsqu'il s'est penché sur la décision du comité et elle ne peut l'être sans examiner les motifs du comité—Aucune explication satisfaisante du retard à produire la lettre du témoin oculaire devant le comité, on a dérogé au premier élément du critère de l'arrêt *Palmer* (une preuve n'est généralement pas admissible si, avec diligence raisonnable, elle aurait pu être présentée au procès)—La lettre expliquant le retard aurait dû être produite au même moment que la lettre du témoin oculaire—Comme la lettre du témoin oculaire n'était pas admissible, le comité n'avait pas à statuer sur la teneur de la lettre—Il n'y a aucune raison de modifier la décision du comité—Les rapports médicaux antérieurs indiquant que le demandeur souffrait d'une subluxation

FORCES ARMÉES—Fin

chronique ont été jugés insuffisants par le comité d'examen pour établir un lien de causalité entre la blessure subie en 1988 et l'invalidité—La Cour n'est pas convaincue que la situation a suffisamment changé pour permettre l'admission des rapports McAllister—En l'absence de nouveaux éléments de preuve, il n'est pas possible de réévaluer la preuve médicale initiale—Rien dans la preuve présentée n'indique pourquoi les rapports McAllister n'ont pas été présentés en temps utile, on a dérogé au premier élément du critère de l'arrêt *Palmer*—Bien que les pouvoirs et les fonctions du Tribunal doivent être interprétés de façon large, l'art. 3 de la Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel) n'impose pas au Tribunal ou à la Cour l'obligation d'accepter automatiquement l'allégation faite par un demandeur que la blessure dont il souffre était survenue pendant son service militaire—Le demandeur ne s'est pas acquitté du fardeau de démontrer que la nouvelle preuve aurait pu avoir une incidence sur le résultat initial—Demande rejetée—Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel), L.C. 1995, ch. 18, art. 3.

CASWELL C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-714-04, 2004 CF 1364, juge Noël, ordonnance en date du 5-10-04, 14 p.)

INJONCTIONS

Requête visant à obtenir une suspension de l'instance et une injonction interlocutoire—Elk Valley Coal Corporation et Canadien Pacifique Limitée (CPR) ont conclu un contrat confidentiel relativement au transport du charbon de la mine Elkview—Le contrat a expiré, mais CPR a soutenu que Elk Valley était liée par un autre contrat confidentiel—Les négociations en vue d'un nouvel accord touchant le charbon d'Elkview ayant échoué, Elk Valley a soumis la question à l'Office des transports du Canada (OTC) pour arbitrage de l'offre finale—CPR a demandé une suspension de l'instance devant l'OTC et une ordonnance interdisant à l'OTC de renvoyer la question à l'arbitrage et à Elk Valley de demander l'arbitrage—Application du critère à trois volets pour l'octroi d'une suspension de l'instance: *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311—CPR a soutenu que la question sérieuse à juger était celle de savoir si Elk Valley était liée par un contrat confidentiel et s'il lui était donc interdit de former une demande d'arbitrage de l'offre finale—La thèse de CPR posait plusieurs problèmes—Toutefois, le premier volet de ce critère étant souple est rempli en l'espèce—Les frais de l'arbitrage ne constituent pas un préjudice irréparable—La publication dans le tarif des taux accordés en matière d'arbitrage n'était pas non plus un préjudice irréparable étant donné que Elk Valley s'est engagée à ne pas exiger la publication d'un tel tarif avant que l'OTC n'ait rendu sa décision—Pour ce qui est de la communication

INJONCTIONS—Fin

de renseignements commerciaux confidentiels, en l'espèce, contrairement aux litiges relatifs à l'accès à l'information, la communication est une question incidente et n'est pas nécessairement un préjudice irréparable—L'affidavit déposé à l'appui de la requête ne révèle pas la nature des renseignements dont la communication serait préjudiciable—S'il est vrai, comme CPR l'affirme, qu'un contrat confidentiel est en vigueur, il n'y a aucun élément de preuve indiquant que les renseignements seraient encore suffisamment pertinents en 2007, moment du renouvellement du contrat, pour affaiblir la position de CPR dans ses négociations en vue du renouvellement—Le préjudice irréparable n'a pas été démontré—Il était inutile d'examiner la question de la prépondérance des inconvénients—Requête rejetée.

LA COMPAGNIE DE CHEMIN DE FER CANADIEN PACIFIQUE C. CANADA (OFFICE DES TRANSPORTS) (A-546-04, 2004 CAF 347, juge Pelletier, J.C.A., ordonnance en date du 15-10-04, 11 p.)

PÉNITENCIERS

Contrôle judiciaire de la décision du Comité d'approbation des visiteurs de l'Établissement de Mission (le CSV) de suspendre le privilège de visite de la demanderesse pendant six mois—La demanderesse est une travailleuse d'approche qui s'est présentée à l'Établissement Mission lors d'une journée «portes ouvertes»—Le chien détecteur a signalé à l'agent que la demanderesse possédait peut-être des drogues illicites—La demanderesse a été avisée que son privilège de visite était suspendu jusqu'à ce que le CSV puisse examiner la situation—La demanderesse a commencé à enlever ses vêtements et à exiger une fouille à nu, ce qui a perturbé la visite portes ouvertes—Plus tard le même jour, la demanderesse a été avisée que son privilège de visite était suspendu jusqu'à ce que le CSV tienne une audience—Après avoir reçu les observations écrites de la demanderesse, le CSV a décidé de suspendre le privilège de visite de celle-ci pendant six mois—Il n'était pas déraisonnable que le CSV suspende la visite de la demanderesse pendant la journée en cause—L'agent du service correctionnel du Canada (SCC) n'est pas obligé d'effectuer une fouille à nu de la personne qui en fait la demande—Le SCC n'est tenu que d'informer la demanderesse des motifs du refus et lui donner l'occasion de présenter ses observations à ce sujet—Le privilège de visite de la demanderesse a été rétabli en janvier 2004—La question est maintenant sans objet—La Cour exerce son pouvoir discrétionnaire d'examiner le fond de la demande compte tenu de la manière dont le CSV a traité la demanderesse—La demanderesse a demandé copie des rapports des agents avec qui elle avait eu affaire lors de la journée «portes ouvertes»—Plus tard, elle a fait la même demande au département de l'accès à l'information et à la vie privée du

PÉNITENCIERS—Fin

SCC—Elle n'a reçu aucune réponse de sorte qu'elle a écrit au Bureau du commissaire à la protection de la vie privée du Canada pour demander une réponse à sa demande et ce n'est qu'après un délai de 98 jours que le SCC a donné une réponse—Le Commissaire à la vie privée a écrit à la demanderesse et a affirmé que l'art. 14 de la Loi sur la vie privée accorde 30 jours à une institution gouvernementale pour répondre à une demande d'accès à des renseignements personnels et que, en l'espèce, ce délai n'a pas été respecté et que sa plainte était donc bien fondée—La demanderesse a demandé si l'audience pouvait avoir lieu par téléconférence, elle n'a reçu aucune réponse à sa demande et la question a été reportée sans qu'elle en soit avisée—Les observations déposées devant le CSV n'ont jamais été communiquées à la demanderesse—La demanderesse n'a jamais eu l'occasion de contester et n'a pas non plus pu soumettre ses observations sur les déclarations ou rapports d'observation des agents déposés devant le CSV—La Cour est préoccupée par le comportement du CSV à l'égard de l'examen—La procédure qu'a suivie le CSV est contraire au devoir d'agir équitablement—Comme la demanderesse n'est pas avocate, la Cour ne peut que faire une estimation des dépenses engagées et lui accorde un montant de 500 \$—Loi sur la vie privée, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 14.

SOPER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1828-03, 2004 CF 1457, juge Rouleau, ordonnance en date du 22-10-04, 11 p.)

PENSIONS

Appels interjetés contre la décision du juge de la Cour canadienne de l'impôt d'accueillir les appels interjetés par les intimés à l'encontre de décisions rendues par le ministre du Développement des ressources humaines en vertu de la Loi sur la sécurité de la vieillesse (LSV) concernant des demandes d'allocation au conjoint (allocation) et de paiement d'un supplément de revenu garanti (SRG) en conformité avec la LSV—Les intimés sont Maurice Mahy et son épouse Marie Mahy—Pour l'année 2000, Maurice Mahy a déclaré un revenu négatif de 2 736 \$, après déduction du SRG et de la pension LSV—Puisque le ministère du Développement des Ressources humaines du Canada (DRHC) a interprété l'art. 2 de manière à ne pas permettre un revenu négatif, le revenu négatif de Maurice Mahy (2 736 \$) a été ajusté à 0 \$—Le revenu de l'épouse de l'intimé a été établi à 2 736 \$—L'intimé et son épouse ont demandé, sans succès, que le calcul de l'allocation et du SRG soit effectué de nouveau selon un revenu familial de 0 \$—Les brefs motifs de la C.C.I. à l'appui de l'accueil de l'appel interjeté à l'encontre de cette décision n'étaient pas adéquats, et étaient contraires à l'art. 18.23 de la Loi sur la Cour canadienne de l'impôt—Le terme «revenu» au sens de l'art. 2 de la LSV englobe-t-il un revenu négatif?—Selon des décisions rendues par la C.C.I. et la Section de première

PENSIONS—Suite

instance de la Cour fédérale, en vertu de la LIR, le terme «revenu» s'entend d'un montant égal à zéro ou d'un montant positif—La Cour d'appel fédérale en l'espèce convient que la LIR ne prévoit pas un revenu négatif—La notion de «revenu» dans la LSV est la même que la notion de «revenu» dans la LIR—La déduction permise dans la LSV n'a pas pour objet de créer ou de déterminer une perte, mais tout simplement de veiller à ce que les prestations versées en vertu de la LSV ne soient pas moins élevées du fait que la personne touche ce revenu—Ces déductions permettent également de décider si le prestataire peut toucher le maximum des prestations payables—Lorsque le prestataire a un conjoint, ils peuvent toucher le maximum des prestations si, ensemble, ils n'ont aucun revenu ou si leur revenu familial est égal à zéro—Même si le couple a un revenu négatif, cela n'a pas pour effet d'augmenter le montant des prestations maximales payables—Lorsqu'un prestataire a un conjoint et qu'il se sert de son revenu négatif pour réduire à zéro leur revenu familial, la déduction du revenu n'est pas prise dans le but d'assurer que les prestations payables ne seront pas réduites à cause de ce revenu mais plutôt dans le but d'augmenter, jusqu'au maximum payable, des prestations qui, n'eût été cette déduction, auraient été moins élevées—Une telle déduction permettrait aux intimés d'être dans une situation plus avantageuse que les prestataires qui n'ont réellement aucun revenu—Ce n'est pas l'objet de la LSV—La C.C.I. a commis une erreur quand elle a conclu que le principe du revenu négatif existait et que le revenu négatif de l'un des conjoints pouvait permettre de diminuer ou de compenser le revenu de l'autre—La C.C.I. a également commis une erreur en décidant que le SRG avait été mal calculé car le montant du SRG n'est pas modifié, que l'on se serve, dans le calcul du revenu familial résiduel, du revenu familial de 2 736 \$ ou d'un revenu familial de 0 \$—Appels accueillis—Loi sur la sécurité de la vieillesse, L.R.C. (1985), ch. O-9, art. 2 «revenu» (mod. par L.C. 1999, ch. 22, art. 87)—Loi sur la Cour canadienne de l'impôt, L.R.C. (1985), ch. T-2, art. 18.23 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 51, art. 5)—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1.

CANADA (MINISTRE DU DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES) C. MAHY (A-24-04, A-25-04, 2004 CAF 340, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 12-10-04, 14 p.)

Le juge Décary, J.C.A. (Le juge Létourneau, J.C.A., souscrivant à ses motifs): Demande de prestations en vertu du Régime de pensions du Canada—Première demande rejetée le 17 mars 1997 par le ministre en vertu de l'art. 81 du Régime—La demande de réexamen a été rejetée le 4 février 1998 et l'appel interjeté auprès du tribunal de révision, constitué conformément à l'art. 82 du Régime, a été rejeté le 10 mai 1999—Cette dernière décision constituait une chose

PENSIONS—Suite

jugée à l'égard de la première demande de prestations; la décision pouvait toutefois être annulée ou modifiée compte tenu de faits nouveaux en vertu de l'art. 84(2)—Une deuxième demande présentée au ministre a été rejetée le 20 avril 2001; une demande de réexamen a été rejetée le 25 septembre 2001—Le ministre a informé le défendeur qu'il ne pouvait plus examiner la décision qu'il avait prise le 17 mars 1997 puisqu'il y avait chose jugée et que le défendeur devait demander au Tribunal, en vertu de l'art. 84(2) du Régime, de réviser, en se fondant sur des faits nouveaux, la décision antérieure du 10 mai 1999—Un tribunal de révision a été constitué en vue d'entendre l'appel interjeté à l'encontre de la décision prise par le ministre le 25 septembre, non pas pour statuer sur la demande, présentée en vertu de l'art. 84(2), en vue de rouvrir la décision rendue le 10 mai 1999—Le Tribunal, en rejetant l'appel, a employé des mots indiquant qu'il statuait sur la demande présentée en vertu de l'art. 84(2) et il a conclu à l'inexistence de faits nouveaux—Le défendeur a interjeté appel de la décision devant la Commission d'appel des pensions—Le ministre a présenté une requête en vue de faire rejeter l'appel pour le motif que la Commission n'avait pas compétence pour entendre l'appel parce que 1) si l'audience tenue par le Tribunal se rapportait à la deuxième demande, la chose jugée s'appliquait par suite de la décision prise par le ministre au sujet de la première demande ou 2) si l'audience se rapportait à une demande présentée en vertu de l'art. 84(2), la Commission n'avait pas compétence pour entendre l'appel (puisque'elle n'était pas constituée pour entendre un tel appel)—La Commission a rejeté la requête—L'erreur du Tribunal, le cas échéant, n'est pas susceptible de révision par la Commission, mais par la Cour fédérale dans le cadre d'un contrôle judiciaire—Demande accueillie—Le juge Evans, J.C.A. (dissident): la Commission a eu raison de ne pas accueillir la requête du ministre à l'égard de la compétence—Il est clair que le ministre avait toujours soumis au Tribunal la question de savoir s'il existait des «faits nouveaux» justifiant la modification de la décision de 1999 en tant que principale question en litige—Le ministre ne peut maintenant nier que le Tribunal ait compétence pour examiner la question des «faits nouveaux», puisque telle était la question que les parties avaient soumise au Tribunal—Étant donné la confusion régnant dans la présente affaire et puisque l'avocat du ministre a concédé que les motifs prononcés par le Tribunal étaient ambigus pour ce qui est de la question de l'absence de «faits nouveaux» ou de l'insuffisance des «faits nouveaux», le juge Evans n'est pas prêt à conclure que la Commission a commis une erreur en rejetant la requête en radiation de l'appel—Il était loisible à la Commission d'interpréter comme elle l'a fait les motifs de la décision du Tribunal—Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 81 (mod. par L.R.C. 1985 (2^e suppl.), ch. 30, art. 45; L.C. 1991, ch. 44, art. 20; 1995, ch. 33, art. 34; 2000, ch.

PENSIONS—Fin

12, art. 59), 82 (mod. par L.R.C. 1985 (2^e suppl.), ch. 30, art. 45; L.C. 1991, ch. 44, art. 21; 1995, ch. 33, art. 35; 1997, ch. 40, art. 85; 2000, ch. 12, art. 60, 64) 84(2) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 45).

CANADA (MINISTRE DU DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES) C. FLEMING (A-124-04, 2004 CAF 288, juges Décary et Evans, J.C.A., jugement en date du 9-9-04, 19 p.)

PRATIQUE

Ordonnance de disjonction—Requête visant à faire annuler l'ordonnance de la protonotaire de ne pas disjoindre les questions en litige dans une instance (ordonner que soient jugées séparément les questions de la responsabilité et des dommages-intérêts)—La protonotaire a énuméré un certain nombre de facteurs pratiques et économiques à prendre en considération pour déterminer s'il y a lieu d'ordonner la séparation—Un bon nombre de ces facteurs s'inspirent ou proviennent d'une décision de la Cour supérieure de justice de l'Ontario—Même si elle est utile, la liste n'est pas exhaustive, les facteurs n'ont pas nécessairement tous la même importance, ils doivent être adaptés à la nature de l'affaire et à l'ensemble particulier de circonstances qui caractérise chaque espèce—Une ordonnance prévoyant une décision distincte en vertu de la règle 107 des Règles de la Cour fédérale (1998) sera rendue si la Cour est convaincue, suivant la prépondérance de la preuve, que, vu la preuve, la disjonction est susceptible, selon toute probabilité, de favoriser une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible (règle 3)—La protonotaire n'aurait pas été fondée à accorder ou à refuser une ordonnance de disjonction sur la base du point de savoir si le jugement de la question de la responsabilité serait ou non susceptible de faciliter ou d'entraîner le règlement à l'amiable de la question des dommages-intérêts—Il était évident que ce n'était pas un motif prédominant de refuser de rendre une ordonnance de disjonction en l'espèce—Quant à la question de savoir si la disjonction permettra de gagner du temps et sauver de l'argent, la protonotaire a bien compris que la question devait être tranchée suivant la norme de la prépondérance de la preuve et non d'après une norme plus rigoureuse—L'exigence dans la décision ontarienne que la structure des faits sur laquelle l'action se fonde doit être «extraordinaire» ou «exceptionnelle» est étrangère à l'esprit comme au libellé des règles 3 et 107—Le point de savoir s'il y aurait une injustice pour la partie adverse est aussi un facteur essentiel—L'injustice doit être réelle et être plus qu'un désavantage de nature procédurale—La complexité de certaines actions en contrefaçon de brevet est un facteur pertinent dans l'examen par la Cour des éléments permettant d'apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique

PRATIQUE—Suite

possible—En l'espèce, la protonotaire a appliqué le critère juridique approprié—La conclusion que la complexité des questions en litige ne justifie qu'on s'écarte de la règle générale voulant que toutes les questions en litige soient jugées ensemble est raisonnable compte tenu de la preuve—Compte tenu des positions adoptées par les parties devant la protonotaire, il n'est pas nécessaire d'examiner si la protonotaire a commis une erreur de droit en accordant du poids, si peu que ce soit, à l'affidavit de l'avocat de la défenderesse—Les deux parties ont déposé et invoqué de tels affidavits qui ont été régulièrement produits en preuve—C'est à la protonotaire qu'il appartient de décider le poids qu'il convient d'attribuer aux éléments de preuve—Le fait que, dans un autre cas, la preuve de l'avocat de la défenderesse ait été jugée peu probante ne constitue pas un moyen général d'appel—Chaque affaire doit être décidée en fonction de ses données—Il n'y a aucune erreur manifeste et dominante d'appréciation des faits dans l'analyse de la preuve faite par la protonotaire—La protonotaire n'a pas laissé entraver son pouvoir discrétionnaire—Sa conclusion est fondée sur sa propre appréciation de l'ensemble de la preuve et sur son interprétation des circonstances particulières de l'affaire—Appel rejeté—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 3, 107.

MERCK & CO., INC. C. BRANTFORD CHEMICALS INC.
(T-1780-03, 2004 CF 1400, juge Martineau, ordonnance en date du 13-10-04, 15 p.)

Audiences—Ajournement—Réclamation relative à une livraison incomplète de grain—La demanderesse demande que le terminal où le grain a été reçu soit ajouté comme partie à l'instance—La requête visant à ajouter une partie à l'instance nécessite l'ajournement de l'affaire, qui avait déjà été portée au rôle en vue de l'instruction—Les demandes d'ajournement ne sont considérées que dans des circonstances exceptionnelles, conformément à la note de pratique n° 4 du 17 février 1993—Les règles qui étaient en vigueur au sujet des ajournements et en vertu desquelles la note de pratique a été publiée étaient différentes de la règle 36(1) des Règles de la Cour fédérale (1998), qui permet à la Cour d'ajourner une audience selon les modalités qu'elle juge équitables—Selon la circulaire n° 1/2000 de la Cour d'appel fédérale, qui ne lie pas la Cour fédérale, mais peut servir de guide, une fois que la date de l'audience est fixée, aucun ajournement n'est normalement accordé, même sur consentement—Dans la présente affaire, la teneur des allégations a changé—Il semble que la partie dont l'ajout est demandé serait peut-être en mesure de présenter des éléments de preuve essentiels, ce qui donne à penser que l'ajournement devrait être accordé—Cependant, les défendeurs ont déjà entrepris des démarches pour faire venir le capitaine du navire à Vancouver en vue de l'instruction; l'action a été introduite voilà maintenant trois

PRATIQUE—Suite

ans et le souvenir des témoins risque de s'estomper davantage en cas de délai supplémentaire—L'affaire ne met pas en cause un principe majeur et concerne une réclamation dont le montant est relativement mineur—Si la demande d'ajournement est refusée, il se peut qu'une action distincte soit engagée contre le terminal où le grain a été reçu, mais la demanderesse n'a pas cherché activement à poursuivre la présente action—L'omission de prendre au sérieux la question des billets de pesée et la découverte récente de l'importance de ceux-ci ne constituent pas une circonstance exceptionnelle nécessitant un ajournement; si les billets de pesée sont exacts et complets et prouvent de ce fait qu'une partie de la marchandise est manquante, il suffira simplement qu'un témoin du terminal où le grain a été reçu vienne tirer les choses au clair—Demande d'ajournement rejetée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 36(1).

PARRISH & HEIMBECKER LTD. C. MAPLEGLLEN (LE)
(T-1315-02, 2004 CF 1197, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 31-8-04, 7 p.)

ACTES DE PROCÉDURE*Requête en radiation*

Appel d'une ordonnance du protonotaire ([2004] A.C.F. n° 421 (C.F.) (QL)) radiant l'action intentée contre les défendeurs—La demanderesse est cessionnaire d'un bail relatif à l'exploitation d'une station commerciale de ski dans le Parc national Banff—Le directeur du Parc a refusé à la demanderesse l'autorisation d'exploiter une télécabine pendant les mois d'été—La demande de contrôle judiciaire de cette décision a été rejetée—La demanderesse a intenté une action contre les défendeurs—Le protonotaire a radié l'action intentée contre la ministre personnellement et les défendeurs en leur qualité personnelle—Le protonotaire a aussi conclu que les questions soulevées dans le cadre de cette action ressemblaient suffisamment à celles soulevées dans le cadre du contrôle judiciaire pour qu'il y ait abus de procédure—L'appel de l'ordonnance portant radiation du nom des défendeurs en leur qualité personnelle est rejeté—S'agissant de l'abus de procédure fondé sur la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, la demande de contrôle judiciaire concernait une décision antérieure à l'établissement du plan de gestion du Parc national Banff—La présente instance concerne une décision prononcée alors que le plan de gestion régissait la décision de refuser l'exploitation estivale de la télécabine—La Cour doit décider des effets et du rôle du plan de gestion, ainsi que de la question de savoir s'il constitue une directive ministérielle prévue par la Loi sur l'Agence Parcs Canada et s'il équivaut à une entrave au pouvoir discrétionnaire—La question qui doit être tranchée en l'espèce repose sur un fondement factuel et juridique très

PRATIQUE—Suite

différent de celle qui a été tranchée dans le cadre du contrôle judiciaire—La décision du protonotaire était fondée sur une mauvaise appréciation des faits—Le premier volet du critère établi dans l'arrêt *Angle c. M.R.N.*, [1975] 2 R.C.S. 248 (même question déjà tranchée) n'a pas été respecté—Appel accueilli—Loi sur l'Agence Parcs Canada, L.C. 1998, ch. 31.

PETER G. WHITE MANAGEMENT LTD. C. CANADA (MINISTRE DU PATRIMOINE CANADIEN) (T-363-01, 2004 CF 1246, juge von Finckenstein, ordonnance en date du 14-9-04, 11 p.)

AFFIDAVITS

En marge d'un appel interjeté en vertu de l'art. 56 de la Loi sur les marques de commerce, des requêtes ont été déposées en vue de forcer la production de portions additionnelles d'une convention d'achat, en réponse à des engagements qui auraient été donnés au cours d'un contre-interrogatoire sur affidavit, et d'obtenir une procédure spéciale pour le dépôt des dossiers respectifs des parties—Un contre-interrogatoire sur affidavit n'est pas un interrogatoire préalable—Le déposant d'un affidavit qui est contre-interrogé dépose en tant que témoin et non en tant que représentant d'une partie, et il n'est donc pas tenu de mieux s'informer, et la partie qui l'interroge n'a pas le droit de demander ou d'exiger que le témoin s'engage à s'enquérir et à fournir des réponses que pour l'heure il ne connaît pas—Néanmoins, la partie qui s'engage librement à produire d'autres réponses est tenue d'honorer son engagement—En ce qui concerne la demande pour que soient produits les accords de licence existants, la défenderesse a répondu qu'il n'existait aucun document du genre—Une telle réponse présuppose une acceptation de l'engagement demandé—À la demande que pour que soient fournis les détails de l'entente dans la mesure où elle concerne ces aspects, la défenderesse a opposé de nouveau la confidentialité et déclaré qu'il n'y avait aucun transfert d'éléments incorporels ou de propriété intellectuelle entre les sociétés—Cette réponse était davantage une réponse de fond qu'un refus—Des engagements ont été donnés et des réponses ont été fournies—La demande d'engagement est limitée à ce que la défenderesse a accepté de produire—Vu que la défenderesse avait toute latitude de donner ou non l'engagement demandé, il est impossible de dire qu'elle s'est engagée à faire davantage que ce qu'elle a sans équivoque accepté de faire, pour autant que l'interprétation qu'elle a donnée de la demande puisse avoir un fondement raisonnable—La demanderesse a affirmé qu'elle n'était pas tenue d'accepter les simples affirmations de la défenderesse, en réponse à l'engagement, et qu'elle était fondée à vérifier lesdites affirmations—C'est là le langage de l'interrogatoire préalable—Un contre-interrogatoire sur affidavit n'est pas un

PRATIQUE—Suite

interrogatoire préalable, et une demande n'est pas une action—Une demande vise à accélérer la procédure, et c'est pourquoi il n'y a pas d'interrogatoire préalable dans les demandes—Les parties ne peuvent compter que la procédure sommaire imposée pour les demandes leur permettra de vérifier chaque détail de chaque affirmation faite dans des affidavits ou dans des contre-interrogatoires portant sur chaque document qui peut se trouver en la possession de la partie adverse—Si une partie n'est pas tenue d'accepter la simple affirmation d'un témoin dans un contre-interrogatoire, elle est cependant limitée, dans ses tentatives de vérifier ladite affirmation, aux questions qu'elle peut poser au témoin et aux réponses du témoin données au cours du contre-interrogatoire—La production des documents ne pourra se faire que s'ils ont été énumérés, ou suffisamment identifiés, dans une assignation à comparaître dûment signifiée, ainsi que le prévoit la règle 91(2)c des Règles de la Cour fédérale (1998)—Un contre-interrogatoire sur affidavit est la preuve orale directe du témoin, non un interrogatoire préalable de la partie—Un contre-interrogatoire sur affidavit doit être vu avec la même circonspection que tout interrogatoire, de peur d'inviter le genre de «simple affirmation» que déplore aujourd'hui la défenderesse, et de devoir contester la crédibilité du témoin ou le poids à accorder au témoignage, comme seul moyen de contester l'affirmation—La partie qui demande une réponse sous forme d'engagement devant compenser l'ignorance du témoin ou le fait qu'il s'appuie sur des documents qui ne sont pas produits le fait à ses propres risques—À moins que les parties ne se soient expressément entendues pour ajourner le contre-interrogatoire jusqu'à l'exécution des engagements, ou à moins que les réponses données aux engagements soient si clairement et manifestement en contradiction avec l'ensemble de la preuve au point d'équivaloir à un refus ou à une inconduite, il n'y a dans les Règles aucun mécanisme permettant de rouvrir un contre-interrogatoire en vue d'obtenir la production d'autres documents ou de poser d'autres questions à un témoin—Les réponses données ne renferment aucun élément qui puisse être interprété comme un refus ou une inconduite—La demanderesse a soutenu que la défenderesse entendait présenter dans son dossier des arguments, autres que les arguments soulevés par la demanderesse, auxquels la demanderesse n'aurait pas la possibilité de répondre—Elle affirme que cette situation oblige la Cour à imaginer un autre type de procédure par laquelle serait déposé un dossier conjoint renfermant toutes les preuves produites, la demanderesse déposant alors son exposé des faits et du droit, la défenderesse déposant son propre exposé en réponse, et la demanderesse ayant alors la possibilité de déposer des conclusions en réponse aux points soulevés par la défenderesse—La défenderesse s'est opposée à une telle ordonnance—Les circonstances de la présente affaire ne sont ni particulières, ni oubliées par les Règles—La

PRATIQUE—Suite

règle 300*d*) prévoit expressément que les appels interjetés en vertu de l'art. 56 de la Loi sont régis par les règles applicables à toutes les demandes—L'art. 56 envisage manifestement un appel, et non un contrôle judiciaire de la décision; les preuves additionnelles qui n'étaient pas devant le registraire pourront être produites dans cet appel; et dans l'appel, la Cour pourra exercer tout pouvoir discrétionnaire dont est investi le registraire—Par conséquent, il est manifestement loisible à la défenderesse de soulever des points autres que ceux qui sont soulevés par la demanderesse—Il ne s'agit pas de circonstances justifiant une entorse aux règles de procédure établies—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 91(2)*c*), 300*d*)—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 56.

AUTODATA LTD. C. AUTODATA SOLUTIONS CO. (T-20-04, 2004 CF 1361, protonotaire Tabib, ordonnance en date du 4-10-04, 9 p.)

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET
INTERROGATOIRE PRÉALABLE

Production de documents

Requête en obtention de détails—La courtoisie exige que la partie qui souhaite obtenir des détails le fasse au moyen d'une lettre ou d'une demande de détails—Cette étape préliminaire n'est plus obligatoire en vertu des Règles de la Cour fédérale (1998) (les Règles) mais la pratique n'en demeure pas moins souhaitable—La directive n° 14, Pratique et procédure du greffe, adoptée en vertu des Règles avalise la pratique qui consiste à demander les détails avant de déposer une requête à cette fin—Si les défendeurs avaient présenté, par lettre, une demande de détails, ils auraient tôt fait d'apprendre que le contrat de licence, dont ils voulaient obtenir une copie était, en fait, un contrat oral—La demande formulée dans l'avis de requête, savoir la production de la licence est vague—Il est obligatoire de préciser le document demandé dans l'avis de requête—Explications et directives concernant la fonction et la forme d'un avis de requête—Le *Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases*, Sweet & Maxwell, Londres, définit en ces termes le mot «avis»: «un énoncé direct et précis d'une chose, à la différence de la présentation de documents dont il peut s'inférer l'existence de la chose»—Le contenu d'un avis doit être précis et ne doit pas s'inférer d'une autre source—Examen de la définition du mot «requête»—Un avis de requête a pour objet de dire au tribunal qu'il lui sera demandé de rendre une ordonnance ou un jugement précis—La règle 319(1)*b*) prévoit qu'une demande à la Cour doit être faite par voie de requête et débute par un avis de requête qui contient des renseignements, notamment le redressement précis recherché—La formule 359 exige que la réparation recherchée dans une requête soit précisée dans

PRATIQUE—Suite

l'avis de requête—Les défendeurs disposeront d'une période de 30 jours pour signifier et déposer un avis de requête modifié conforme à la pratique habituelle, aux Règles et aux présents motifs—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 359(1)*b*).

GRAND TANK (INTERNATIONAL) INC. C. DESTINY OILFIELD RENTALS (T-969-04, 2004 CF 1082, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 5-8-04, 8 p.)

COMMUNICATIONS PRIVILÉGIÉES

Appel d'une ordonnance de la Cour fédérale ([2004] 2 R.C.F. 137) rejetant l'appel d'une ordonnance du protonotaire portant divulgation de communications entre le ministre et ses conseillers juridiques—Le protonotaire a statué que le ministre avait implicitement renoncé à son privilège légal en se fondant, dans sa défense, sur le fait qu'il avait consulté ses avocats pour démontrer que le délai de délivrance de l'avis de conformité était raisonnable—Appel rejeté—Aucune erreur justifiant l'infirmerie.

APOTEX INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (A-605-03, 2004 CAF 280, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 1-9-04, 2 p.)

FRAIS ET DÉPENS

Les demandeurs ont poursuivi les défendeurs Seed Hawk pour contrefaçon de brevet et Simplot Canada Ltd. pour avoir incité Seed Hawk à contrefaire le brevet en leur offrant certains stimulants financiers—Les défendeurs ont répondu par une demande reconventionnelle contestant la validité du brevet—Au terme d'un long procès, la Cour a rejeté l'action et la demande reconventionnelle—Requêtes visant à obtenir l'adjudication des dépens—Les défendeurs Seed Hawk réclament le double de leurs dépens entre parties en raison des sept offres de règlement qu'ils ont soumises au cours du procès—Les demandeurs affirment que les offres ne tombent pas sous le coup de la règle 420 des Règles de la Cour fédérale (1998) parce qu'aucune n'était valable jusqu'à la date du jugement—La règle 420 prévoit deux conditions: l'offre doit être présentée par écrit et elle ne doit pas être révoquée—Une des «offres» n'en était pas une mais une simple demande de renseignements sur la possibilité d'un règlement—Certaines offres n'étaient pas écrites—Sur les trois offres écrites qui étaient datées du 19 décembre 1992 et qui n'étaient pas limitées dans le temps et qui n'ont pas reçu de réponse, une a été retirée et une autre est devenue caduque une minute après l'ouverture du procès—Bien que, dans le jugement *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser* (2002), 220 F.T.R. 60 (C.F. 1^{re}

PRATIQUE—Suite

inst.), le juge MacKay ait déclaré que l'offre qui devient caduque après l'ouverture du procès est conforme à la règle 420(2), celle-ci exige dans les termes les plus nets que l'offre soit maintenue jusqu'à la date du jugement pour donner droit au double des dépens—Les demandeurs ont soutenu que l'offre du 21 décembre 1992 doit être considérée comme ayant été révoquée par les offres subséquentes: *Canadian Pacific Forest Products Ltd. c. Termar Navigation Co.*, [1998] 2 C.F. 328 (C.F. 1^{re} inst.)—Dans l'arrêt *Mackenzie c. Brooks* (1999), 130 B.C.A.C. 95 (C.A.), la Cour d'appel de la C.-B. a établi une distinction entre offre formelle et offre informelle: le refus d'une offre formelle a une incidence sur les dépens si l'action est finalement instruite, mais s'il existe à la fois une offre formelle et une offre informelle à un moment quelconque, il est loisible à la partie adverse d'accepter l'une ou l'autre—Mais il ne s'agit pas en l'espèce d'une offre formelle par opposition à une offre informelle—Il n'est pas sans intérêt de signaler que l'offre du 21 décembre 1992 a été présentée avant que la déclaration ne soit produite en l'espèce—On ne sait pas avec certitude si l'offre faite avant la production d'une déclaration répond à la définition d'offre de règlement au sens de la règle 420(2), compte tenu du fait que celui-ci exige que l'offre émane du «défendeur»—Avant la production de la déclaration, il n'y a pas de «défendeur»—Comme la question n'a pas été débattue, la Cour suppose, pour ce qui est des présentes requêtes, qu'une offre présentée avant la production de la déclaration est une offre qui tombe sous le coup de la règle 420(2)—L'affaire *MacKenzie* illustre bien que la question de savoir si une offre subséquente a pour effet de révoquer une offre antérieure est une question d'intention—Les principes régissant les offres de règlement ne doivent pas nécessairement être interprétés à la lumière de la théorie traditionnelle des contrats—En présentant les offres de paiement de sommes forfaitaires en contrepartie d'une licence libre de redevance, les défendeurs avaient décidé de rompre leurs rapports financiers avec les demandeurs et avaient tacitement révoqué leur première offre—La règle 420(2) ne s'applique pas en l'espèce—Les défendeurs font toutefois valoir que, même si une offre n'est pas conforme à la règle 420(2), la Cour peut quand même accorder le double des dépens en vertu de son pouvoir discrétionnaire (*Champion International Corp. c. Sabina (Le)* (2003), 227 F.T.R. 107 (C.F. 1^{re} inst.))—Le «déclenchement automatique» dont il est question dans la jurisprudence invoquée par les défendeurs concerne la faculté de l'officier taxateur de doubler les dépens de son propre chef sans devoir déférer la question à un juge, et non le doublage prévu à la règle 420(2)—Une objection plus fondamentale est que le doublage des dépens prévu à la règle 400 a pour effet de permettre aux parties de se soustraire à l'obligation que leur

PRATIQUE—Suite

impose la règle 420(2) de maintenir leur offre jusqu'au jugement tout en conservant les mêmes avantages que si elles avaient effectivement maintenu leur offre—Dans ces conditions, nul ne maintiendrait son offre de règlement jusqu'au prononcé du jugement—Il n'est pas interdit de penser que la règle 420(2) est entachée de graves lacunes, mais cette question relève du Comité chargé de l'examen des Règles—On ne peut les corriger en faisant fi de l'obligation relative au maintien de l'offre qui figure à la règle 420(2) par le jeu de la règle 400—Bien que la règle 400 permette à la Cour de tenir compte des offres de règlement écrites, on ne peut se servir de la règle 400 comme une version moins exigeante de la règle 420(2) au risque de priver ainsi la règle 420(2) de tout effet—Il n'y a pas lieu en l'espèce d'accorder le double des dépens—Quant à l'échelle des dépens appropriée, la règle 407 prévoit que les dépens entre parties sont taxés en conformité avec la colonne III du tableau du tarif B—C'est la règle qui s'applique par défaut et toute dérogation à ce principe doit être justifiée—Les défendeurs demandent que leurs dépens soient taxés selon la colonne V du tarif B, en invoquant de nombreux moyens, dont les suivants: la durée du procès, les sommes ahurissantes réclamées par les demandeurs lors des séances de médiation présidées par le protonotaire et la signification, moins de deux semaines avant l'ouverture du procès, de trois affidavits des experts des demandeurs représentant plus d'un millier de pages—Suivant la jurisprudence, l'octroi de sommes supplémentaires pour les frais de l'affaire fondé sur la complexité des questions n'est pas justifié—La technologie en question en l'espèce est relativement simple, mais les questions de droit sont plus complexes et le fait que bon nombre des questions aient été soulevées au cours du procès et ont exigé la suspension de l'audience pour permettre aux avocats d'effectuer des recherches et de préparer des arguments a alourdi la charge de travail des avocats—Ces questions n'étaient pas négligeables, ainsi que le démontre le fait qu'une recherche électronique a révélé que six décisions portant sur ces requêtes interlocutoires étaient publiées dans un recueil de jurisprudence spécialisé—Comme ces questions ont été soulevées par les deux parties, toute hausse du montant prévu au tarif devrait s'appliquer tant aux uns qu'aux autres pour ce qui est des questions pour lesquelles ils ont droit aux dépens—La Cour n'accorde aucune importance aux diverses allégations relatives à la production ou à la quantité des divers affidavits car les plateaux de la balance sont équilibrés pour ce qui est de ces questions—Lorsque la condamnation aux dépens est surtout fonction de l'issue de l'action, on ne tient pas compte du sort des requêtes interlocutoires—La décision des demandeurs de constituer des directeurs des sociétés à titre de personnes physiques défenderesses ne devrait pas influencer sur l'adjudication des dépens—Les règles de droit applicables

PRATIQUE—Suite

en la matière sont complexes et les demandeurs n'ont pas nécessairement mal agi en constituant les directeurs à titre de codéfendeurs—La Cour n'est pas disposée à se livrer après coup à une analyse du comportement de l'avocat de l'une ou l'autre des parties au procès, sauf en cas d'abus flagrant de procédure—Compte tenu de la complexité des questions de droit en cause, la Cour est disposée à s'écarter légèrement de la norme habituelle en adjugeant aux défendeurs Seed Hawk leurs dépens en fonction du montant minimal prévu à la colonne IV du tarif B—Pour revenir à la question des incidences des offres de règlement, le fait qu'il n'y a pas lieu de doubler les dépens ne signifie pas qu'il faille écarter totalement ces offres (règle 400(3)e)—Par l'offre qu'ils ont faite le 21 décembre 1992 de signer un contrat de licence, les défendeurs Seed Hawk reconnaissaient la validité du brevet et cette offre aurait dû être considérée plus sérieusement qu'elle ne l'a été—Si les demandeurs avaient accepté cette offre, ils auraient confirmé leur monopole sur le brevet, auraient obtenu un avantage financier non négligeable et auraient évité un procès ruineux—Leur défaut de répondre et encore moins d'accepter l'offre en question constitue une raison suffisante pour augmenter les dépens—Les défendeurs Seed Hawk ont le droit de faire taxer leurs dépens contre les demandeurs en fonction du montant maximal prévu à la colonne IV du tarif B—Dans ces conditions, il y a lieu d'accorder les honoraires des avocats adjoints pour l'instruction au taux de 50 % des honoraires accordés aux avocats principaux—Il s'agissait de savoir si la taxation est prématurée parce qu'un appel est en instance—Dans la décision *Casden c. Cooper Enterprises Ltd.*, [1991] 3 C.F. 281 (1^{re} inst.), l'officier taxateur Stinson a dit qu'il est de jurisprudence constante que la cause d'action doit faire l'objet d'une seule taxation des dépens et que l'officier taxateur appelé à taxer un mémoire de frais doit connaître la manière définitive dont les questions de fond soulevées par l'action ont été résolues—Mais suivant un autre courant jurisprudentiel, le dépôt d'un avis d'appel n'opère pas sursis de l'exécution du jugement frappé d'appel et n'empêche pas la taxation des dépens—Bien qu'il existe un risque de multiplication des taxations si l'appel est accueilli, il est plus juste de dire qu'il y a lieu de donner effet aux ordonnances définitives de la Cour, sauf en cas de sursis d'exécution—L'état du droit n'est pas que la validité des ordonnances définitives est remise en cause chaque fois qu'un avis d'appel est déposé—Aucune raison de rendre une ordonnance qui équivaudrait à un sursis d'exécution en ce qui concerne les dépens adjugés aux défendeurs et la taxation des dépens devrait avoir lieu sans qu'il soit nécessaire d'attendre l'issue de l'appel—Refus d'ordonner le versement d'une somme forfaitaire, étant donné qu'il reste de nombreuses questions à trancher au sujet des débours et qu'une taxation présidée par l'officier taxateur est le cadre idéal pour régler ces questions— Dépens de la contestation

PRATIQUE—Suite

réussie de la demande reconventionnelle alléguant l'invalidité du brevet—La présente cause s'apparente en tous points à l'affaire *Illinois Tool Works Inc. c. Cobra Fixations Cie Ltée* (2003), 312 N.R. 184 (C.A.F.), et les demandeurs n'ont droit à aucuns dépens au titre de leur contestation de la demande reconventionnelle—Les demandeurs n'ont droit aux dépens qu'en ce qui concerne les questions pour lesquelles les dépens leur ont été adjugés indépendamment de l'issue de la cause—La défenderesse Simplot Ltd. réclame le double de ses dépens en se fondant sur les offres de règlement présentées au cours du procès—La question qui se pose au sujet de l'offre du 16 décembre 1994 est de savoir si elle est réputée avoir été révoquée par les offres subséquentes—Il ressort des offres subséquentes que Simplot n'était plus intéressée à collaborer avec les demandeurs et qu'elle cherchait simplement à mettre un terme au procès et aux frais afférents et à révoquer l'offre du 16 décembre 1994—Il ressort de la preuve que Simplot a cherché activement dès le début à régler le différend qui l'opposait aux demandeurs et qu'elle a soumis plusieurs offres de règlement raisonnables—Toutefois, lorsque Simplot a accepté de cesser de faire la promotion du dispositif de Seed Hawk jusqu'à ce que la question de la contrefaçon soit tranchée, les demandeurs avaient atteint ce qu'ils affirmaient être leur objectif premier: la protection de leur brevet, mais ils n'ont pas répondu à cette offre, ce qui constitue en soi une raison suffisante pour augmenter l'échelle selon laquelle les dépens de Simplot doivent être taxés—Les dépens de Simplot seront taxés selon le montant maximal prévu à la colonne IV (sauf pour les requêtes à l'égard desquelles Simplot s'est contentée d'agir comme simple observatrice ou s'est ralliée à la thèse des défendeurs Seed Hawk)—La question des intérêts avant jugement et des intérêts après jugement est réglée par l'art. 36(1) de la Loi sur les Cours fédérales, qui parle des règles de droit en vigueur dans la province où est survenu le fait générateur du litige—Bien que la présente affaire ait été instruite au Manitoba, les faits générateurs du litige sont tous survenus en Saskatchewan—La Pre-judgment Interest Act interdit au tribunal d'accorder des intérêts sur les dépens adjugés dans une action—Mais dans le cas des intérêts après jugement sur les dépens, en Saskatchewan, tout jugement porte intérêt à compter de son prononcé—Le taux de ces intérêts est fixé par l'officier taxateur—Les dépens des requêtes sont fixés à 7 500 \$ tant pour Seed Hawk que pour Simplot—Chacune des parties supportera ses propres dépens pour ce qui est de la requête présentée par les demandeurs en vue d'obtenir leurs dépens—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 400 (mod. par DORS/2002-417, art. 25), 407, 420, tarif B—Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 36 (mod. par

PRATIQUE—Suite

L.C. 1990, ch. 8, art. 9; 2002, ch. 8, art. 36), 37 (mod., *idem*, art. 37)—Pre-judgment Interest Act, S.S. 1984-85-86, ch. P.22.2, art. 5—Loi de 1998 sur la Cour du Banc de la Reine, L.S. 1998, ch. Q-1.01, art. 77.

HALFORD C. SEED HAWK LTD. INC. (T-2406-93, 2004 CF 1259, juge Pelletier, ordonnance en date du 16-9-04, 37 p.)

Requête en majoration des dépens—Les éditeurs avaient intenté une action contre le Barreau du Haut-Canada (Barreau), soutenant que celui-ci avait porté atteinte à leur droit d'auteur et qu'il avait autorisé cette contrefaçon en fournissant des copies de décisions judiciaires publiées aux membres et en permettant aux usagers de la Grande bibliothèque d'Osgoode Hall de faire des photocopies d'ouvrages de droit—Le juge de la Section de première instance de la Cour fédérale n'a pas accordé de dépens—La C.A.F. a conclu que le Barreau avait violé le droit d'auteur des éditeurs, mais elle a rejeté la demande d'injonction permanente de ceux-ci—En raison de l'importance et de la complexité des questions en litige ainsi que du succès partiel que les parties avaient obtenu, la C.A.F. a ordonné à chacune d'elles de payer ses propres dépens—Cependant, saisie à son tour d'un appel, la C.S.C. a décidé que le Barreau ne portait pas atteinte au droit d'auteur des éditeurs en faisant une seule copie et qu'il n'autorisait pas la contrefaçon du droit d'auteur en permettant que des photocopies soient faites à la Grande bibliothèque—Le Barreau s'est vu accorder ses «dépens devant toutes les cours»—Le Barreau demande maintenant une somme globale au titre des frais et dépens, soit 251 000 \$ pour les honoraires et 37 000 \$ pour les débours, lesquels montants comprennent la TPS—Le Barreau a payé un montant de plus de 414 000 \$ et il a soutenu que le montant prévu au Tarif au titre des dépens n'était pas raisonnable, eu égard aux circonstances particulières du présent appel—Les éditeurs ont fait valoir que 1) la C.A.F. n'a pas compétence pour accorder une majoration des dépens une fois que la C.S.C. a rendu son jugement; 2) l'ordonnance par laquelle la C.S.C. a accordé les «dépens devant toutes les cours» ne permettait pas à la C.A.F. d'adjuger des dépens autres que ceux qui sont prévus à la colonne III du Tarif B des Règles de la Cour fédérale (1998): *Consorzio del Prosciutto di Parma c. Maple Leaf Meats Inc.*, [2003] 2 C.F. 451 (C.A.); 3) aucun montant ne pouvait être accordé en l'espèce au titre des dépens supplémentaires parce que, devant la C.S.C., le Barreau avait fait valoir qu'il n'y avait aucune circonstance spéciale concernant les dépens—En ce qui concerne le premier argument, l'adjudication des «dépens devant toutes les cours» par la C.S.C. a pour effet de renvoyer aux cours inférieures concernées la détermination des dépens engagés devant chacune d'elles conformément à leurs propres règles—Quant au deuxième argument, lorsque

PRATIQUE—Suite

la C.S.C. renvoie la question des dépens à une cour, la seule entrave au pouvoir discrétionnaire de cette Cour en ce qui a trait aux dépens réside dans l'impossibilité pour elle d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'une manière incompatible avec l'adjudication des dépens faite par la C.S.C.: *Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.*, [1999] 2 C.F. 175 (C.A.)—Lorsque la C.S.C. accorde les «dépens devant toutes les cours», cette directive est neutre: elle permet à la C.A.F. d'accorder des dépens supplémentaires conformément à la règle 400(1), (4) des Règles de la Cour fédérale—Quant au troisième argument, le Barreau fait valoir que les observations qu'il a formulées devant la C.S.C. concernaient l'adjudication de dépens avocat-client et non l'adjudication de dépens partie-partie supplémentaires—Le dossier n'appuie pas l'argument selon lequel la C.S.C. a examiné le montant des dépens partie-partie devant la C.A.F.—La C.A.F. a compétence pour se prononcer sur la demande de majoration de dépens—Facteurs à prendre en compte pour l'adjudication de dépens supplémentaires—L'affaire portait sur des questions très complexes, dont bon nombre n'avaient pas encore été examinées au Canada—L'audition des plaidoiries devant la C.A.F. a duré trois jours, alors que la plupart des appels sont entendus en moins d'une demi-journée—Les motifs du jugement de la C.A.F. comptent 140 pages—Cinq interventions ont eu lieu devant la C.S.C.—Le Barreau a eu entièrement gain de cause en ce qui a trait à sa contestation des allégations formulées par les éditeurs—L'adjudication de dépens supplémentaires était justifiée—Cependant, les éditeurs ont souligné que le Barreau a simplement demandé au départ que les dépens soient taxés en fonction du maximum de la fourchette prévue à la colonne IV du Tarif B, ce qui représente un montant d'à peine 17 000 \$, y compris la TPS—Les arguments que le Barreau a formulés à l'origine ne pouvaient être entièrement écartés; en conséquence, bien que des dépens supplémentaires soient accordés, il est tenu compte des observations initiales du Barreau dans la détermination du montant global—Le Barreau a droit pour l'essentiel aux débours qu'il a réclamés; cependant, compte tenu du caractère tenu de la preuve, le montant devrait être réduit—Le Barreau a réclamé des intérêts après jugement depuis la date du jugement de la C.A.F. (8 juillet 2002); les éditeurs ont fait valoir que les intérêts devraient commencer à courir uniquement depuis la date de l'ordonnance de la C.A.F. concernant les dépens—L'art. 129(1) de la Loi sur les tribunaux judiciaires de l'Ontario prévoit que la somme d'argent due aux termes d'une ordonnance, y compris les dépens, porte intérêt à compter de la date de l'ordonnance; selon l'art. 127(1), la «date de l'ordonnance» est la date à laquelle est rendue l'ordonnance, même si elle n'est pas inscrite ou exécutoire ce jour-là, ou si elle est modifiée en appel—Les éditeurs ont invoqué une décision fondée sur l'art. 40 de la Judicature Act, disposition qu'a remplacée l'art. 129(1) de la Loi sur les tribunaux

PRATIQUE—Suite

judiciaires, soit *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley* (1973), 2 O.R. (2d) 92 (H.C.J.), où le juge Grant a décidé que les intérêts commençaient à courir à la date de la taxation des dépens—Dans *Houser v. Township of West Lincoln* (1984), 46 O.R. (2d) 703 (H.C.J.), il a été décidé que, lorsque la Cour d'appel modifie un jugement de première instance, les intérêts commencent à courir à compter de la date de ce jugement—Plus récemment, dans *Roberts v. Aasen* (2003), 36 C.P.C. (5th) 185 (C.S.O.), le juge McIsaac, se fondant sur la décision que la Chambre des lords avait rendue dans *Hunt v. R.M. Douglas (Roofing) Ltd.*, [1988] 3 All E.R. 823, a décidé que, selon l'art. 129(1), les intérêts sur les dépens sont exigibles à compter de la date du jugement plutôt que celle de la taxation—L'interprétation de la décision *Houser* est préférable à celle de la décision rendue dans *Canadian Aero Service*—Les intérêts en l'espèce devraient courir depuis le 8 juillet 2002—La raison est la suivante: lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, une ordonnance relative aux dépens est rendue uniquement après un appel devant la C.S.C., la partie ayant gain de cause a utilisé depuis longtemps le montant de ses dépens—Les intérêts ont pour effet de reconnaître la valeur temporelle de l'argent—Dans les situations normales, la valeur des dépens accordés à une partie ayant eu gain de cause dans un litige ne devrait pas être éteinte pour la seule raison que cette partie a dû passer par une série d'appels et par la taxation avant d'obtenir le résultat auquel elle avait droit dès le départ—Des dépens partie-partie de 80 000 \$ sont accordés au Barreau ainsi que des intérêts au taux de quatre pour cent l'an depuis le 8 juillet 2002 jusqu'à la date du paiement—Le succès ayant été partagé relativement à la présente requête, aucuns dépens ne sont accordés à l'égard de celle-ci—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 400(1) (mod. par DORS/2002-417, art. 25(F)), (4), Tarif B, colonnes III, IV et V—Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C-43, art. 127(1) «date de l'ordonnance», 129(1)—Judicature Act, R.S.O. 1970, ch. 228, art. 40.

CCH CANADA LIMITÉE C. BARREAU DU HAUT-CANADA
(A-806-99, A-807-99, A-808-99, 2004 CAF 278, juge Rothstein, J.C.A., ordonnance en date du 25-8-04, 13 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES***Sursis d'exécution***

Le demandeur a déposé une requête en sursis d'exécution d'une décision rendue par le Conseil canadien des relations industrielles par laquelle il a imposé certaines conditions aux parties au conflit de travail ([2003] CCRI n° 230; [2003] D.C.C.R.I. n° 20 (QL)) et de l'ordonnance rendue par la Cour dans laquelle elle a rejeté les demandes de contrôle judiciaire

PRATIQUE—Suite

de l'ordonnance ([2005] 1 R.C.F. 205) jusqu'à ce que la Cour suprême du Canada se prononce sur la demande d'autorisation d'interjeter appel—La Cour a-t-elle compétence pour accorder les sursis d'exécution demandés?—L'art. 65.1(1) de la Loi sur la Cour suprême autorise uniquement la juridiction inférieure à ordonner le sursis d'exécution du jugement objet de la demande—Interprété à la lettre, l'art. 65.1(1) ne permet pas à la Cour d'ordonner le sursis d'exécution de l'ordonnance du Conseil—Une telle interprétation compromet sérieusement l'exercice efficace de la compétence de la Cour de surseoir à ses propres ordonnances en vertu de l'art. 65.1(1) si elle ne peut pas en même temps ordonner le sursis d'exécution de l'ordonnance de la juridiction administrative objet de la demande—Quand la Cour accorde un sursis d'exécution d'une ordonnance qu'elle a elle-même rendue, elle peut également surseoir à l'exécution de l'ordonnance visée par son jugement—Si une telle interprétation est erronée, compte tenu des faits en l'espèce, la compétence est conférée par l'art. 50(1)b) de la Loi sur les Cours fédérales qui prévoit que la Cour a le pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures dans toute affaire lorsque l'intérêt de la justice l'exige—Les faits en l'espèce se distinguent des faits dans l'affaire *Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick c. Maritime Electric Company Limited*, [1985] 2 C.F. 13 (C.A.) dans laquelle la Cour a dit que la disposition n'autorisait pas la Cour à surseoir à l'exécution de l'ordonnance de l'Office national de l'énergie parce qu'il n'y avait aucune «procédure» à suspendre devant l'Office—Dans le cas en l'espèce, le Conseil a expressément conservé sa compétence à l'égard de toute question découlant de l'ordonnance et le Conseil a prévu clairement une procédure supplémentaire qui lui permettrait de traiter des questions en suspens—L'art. 50(1)b) de la Loi sur les Cours fédérales autorise la Cour à empêcher le Conseil de prendre des mesures d'exécution ou de mise en œuvre de son ordonnance—Le demandeur a-t-il respecté le critère en trois étapes établi dans l'arrêt *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, afin de déterminer s'il peut accorder un sursis d'exécution—La Cour suprême du Canada pourrait très bien accorder l'autorisation de pourvoi—Question sérieuse soulevée, compte tenu de la nature inhabituelle des redressements ordonnés dans la décision du Conseil et des restrictions que la décision du Conseil impose aux libres négociations collectives et compte tenu aussi des motifs dissidents exposés dans la décision de la C.A.F.—Le demandeur a présenté une preuve suffisante pour établir que l'accueil de l'appel causerait un préjudice irréparable à savoir qu'il occasionnerait des dépenses importantes, sans doute irrécupérables, et nuirait gravement aux relations de travail au détriment des voyageurs—Comme l'avis de requête a été modifié de manière à ne demander le sursis d'exécution jusqu'à ce que la demande d'autorisation aura été tranchée (et jusqu'à ce que la Cour suprême se soit

PRATIQUE—Suite

prononcée sur le bien-fondé de l'appel si le sursis est accordé), la prépondérance des inconvénients favorise le demandeur—Requête accueillie—Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 65.1(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 40; 1994, ch. 44, art. 101)—Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 50(1)*b*) (mod., *idem*, art. 46).

VIA RAIL CANADA INC. C. CAIRNS (A-273-03, 2004 CAF 297, juge Evans, J.C.A., ordonnance en date du 15-9-04, 12 p.)

MODIFICATION DES DÉLAIS

Requête en prorogation du délai imparti pour signifier la déclaration—Les demanderesse poursuivent les défendeurs pour les dommages causés à un appareil de minoterie expédié au Chili—La déclaration a été signifiée à la défenderesse LCL alors que le délai de prescription était expiré depuis huit jours—Le critère utilisé pour accorder une prorogation de délai exige d'examiner les circonstances et de déterminer s'il y a toujours eu intention de poursuivre l'action, s'il existe un dossier défendable et si une éventuelle prorogation risque de causer un préjudice au défendeur—La Cour doit aussi considérer si une prorogation de délai est essentielle pour garantir que justice soit rendue entre les parties—L'explication fournie pour justifier le délai dans le dépôt de la requête est faible—Même si la requête vise à faire prolonger le délai de signification, et non à valider une signification, l'examen des circonstances de la signification est pertinent pour garantir que justice soit rendue entre les parties—La règle 147 des Règles de la Cour fédérale (1998), qui porte sur la validation des significations, est large—Le critère consiste à déterminer si le destinataire du document à être signifié en a pris connaissance—En l'espèce, LCL a pris connaissance de la déclaration puisqu'elle a reconnu l'avoir reçue et a fait des commentaires au sujet de la réclamation—Ne pas tenir compte du fait que LCL a reconnu avoir reçu la déclaration un jour après sa délivrance, s'est insurgée contre une signification initiale à bref délai et contre le temps mis à demander la prorogation du délai constituerait clairement une injustice—Requête accueillie—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, art. 147.

ARROW CORPORATION INC. C. SEA TIGER (LE) (T-1916-03, 2004 CF 1502, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 26-10-04, 9 p.)

RÈGLE DES «LACUNES»

Les demandeurs sont des membres de la famille d'Omar Khadr, un citoyen canadien détenu par le gouvernement des

PRATIQUE—Suite

États-Unis en raison de sa participation supposée aux forces d'Al-Qaida en Afghanistan—La demande vise à forcer le Canada à lui fournir des services consulaires et diplomatiques—Les demandeurs déposent maintenant, en application de la règle 4 des Règles de la Cour fédérale (1998), une requête pour que soit rendue une ordonnance enjoignant à l'ancien directeur général des affaires consulaires au ministère des Affaires étrangères de se présenter devant la Cour pour y être interrogé—Les demandeurs font valoir que, puisque les Règles de la Cour fédérale ne renferment aucune disposition portant sur l'interrogatoire de témoins dans une demande de contrôle judiciaire, il faut s'en rapporter à la règle des «lacunes»—L'affidavit produit au soutien de la demande n'est pas recevable parce qu'il s'appuie sur une preuve par ouï-dire—La règle des «lacunes» est une règle de dernier recours—Les Règles constituent par elles-mêmes un code complet qui permet de disposer des demandes de contrôle judiciaire—Le demandeur n'a pas établi que le témoin qu'il propose est l'unique source d'information qui permettrait de dire si la Convention de Vienne sur les relations consulaires est aujourd'hui partie intégrante du droit international coutumier et donc partie intégrante de la common law du Canada, et de dire ce que sont les pratiques du ministère des Affaires étrangères en matière consulaire—La demande est soit inutile, soit prématurée—Demande ajournée *sine die*—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 4—Convention de Vienne sur les relations consulaires, 19 mars 1967, 596 R.T.N.U. 261.

KHADR C. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES) (T-686-04, 2004 CF 1393, juge von Finckenstein, ordonnance en date du 13-10-04, 8 p.)

RES JUDICATA

Appel interjeté à l'encontre d'une décision du protonotaire ((2004), 255 F.T.R. 244 (C.F.)) qui a radié l'action du demandeur sans possibilité de modification—Le demandeur, qui a travaillé au ministère du Développement des ressources humaines (DRH) (qui s'appelait alors le ministère de la Santé et Bien-être social) d'août 1992 à mars 1993, n'a pas obtenu la note de passage lors d'un examen de rendement—Pendant sa période d'emploi, le demandeur avait déposé des plaintes auprès du Commissaire aux langues officielles (le CLO)—Une demande d'accès aux renseignements personnels le concernant qui se trouvaient dans les dossiers du CLO, faite après l'enquête, a été refusée—Malgré le refus, le demandeur a introduit une action contre DRH (T-1977-94) en se basant sur les conclusions tirées par le CLO au sujet de son emploi—La C.F. a estimé que DRH avait contrevenu à la Loi sur les langues officielles (la LLO), sans toutefois lui accorder de dommages-intérêts ni sa réintégration—Le demandeur a ensuite porté plainte devant le Commissaire à la vie privée

PRATIQUE—Fin

relativement au refus du CLO de lui communiquer ses renseignements personnels—La C.F. a conclu en faveur du demandeur (conclusion confirmée par la C.S.C.)—Le demandeur souhaite maintenant plaider à nouveau sa demande dans le dossier T-1977-94 à la lumière de nouveaux renseignements (personnels)—Aucune nouvelle réparation substantielle n'est sollicitée dans la présente demande—Le critère applicable à l'égard de l'exception au principe de l'autorité de la chose jugée, soit l'admission de nouveaux éléments de preuve, est défini dans l'arrêt *Wavel Ventures Corp. c. Constantine* (1996), 193 A.R. 81 (C.A. Alta.): les nouveaux éléments de preuve ne pouvaient être découverts plus tôt, même en faisant preuve de diligence raisonnable et ils doivent être de nature à changer la nature du résultat du premier procès—Comme DRH a reconnu sa faute dans le dossier T-1977-94, les nouveaux éléments de preuve doivent être de nature à changer le montant des dommages-intérêts pour que le critère soit rempli—Les nouveaux éléments de preuve n'établissent pas de lien de causalité entre le fait que le demandeur n'a pas été réembauché et la violation de la LLO, ils n'ont donc pas d'incidence sur le résultat du premier procès—Le protonotaire n'a pas mal exercé son pouvoir discrétionnaire en radiant la requête en raison de l'absence de nouveaux éléments de preuve—Il a également refusé à bon droit la modification—En ce qui concerne la partie de la demande traitant de la négligence, de l'incompétence, de la fraude ou de la partialité du CLO, l'appelant n'a pas soumis d'éléments de preuve pour démontrer pourquoi l'art. 75(1) de la LLO serait contraire à la Charte et n'a pas divulgué les moyens qu'il entend invoquer à l'appui de ses observations—La conclusion du protonotaire, suivant laquelle le moyen tiré de l'art. 12 de la Loi sur la protection des renseignements personnels est maintenant chose jugée parce qu'il aurait dû être invoqué plus tôt, est bien fondée—L'argument selon lequel le refus de divulguer les renseignements équivalait à de la fraude est mal fondé—Appel rejeté—Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31, art. 75(1)—Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 12.

LAVIGNE C. CANADA (COMMISSARIAT AUX LANGUES OFFICIELLES) (T-2291-03, 2004 CF 1359, juge Blais, ordonnance en date du 1-10-04, 17 p.)

PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS

Demande d'accès à des renseignements conservés par la GRC et par Interpol, fondée sur l'art. 41 de la Loi sur la protection des renseignements personnels—Les É.-U. ont demandé l'extradition du demandeur, poursuivi pour violation

PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS—Suite

des modalités d'une mise en liberté surveillée—L'autorisation d'extrader le demandeur a été délivrée au nom du ministre de la Justice conformément à l'art. 15 de la Loi sur l'extradition—La GRC a fourni certains renseignements, mais a invoqué l'art. 22(1)a) de la Loi sur la protection des renseignements personnels pour ne pas en communiquer d'autres—Le demandeur s'est adressé au commissaire à la protection de la vie privée—La plainte a été jugée non fondée au motif que les renseignements dataient de moins de 20 ans et avaient été obtenus au cours d'une enquête d'un organisme d'enquête—Les documents non communiqués ont été déposés sous scellé pour les besoins du contrôle judiciaire, conformément à une ordonnance du protonotaire—Le demandeur a prétendu que la GRC n'a pas effectué une «enquête», mais a seulement suivi l'évolution de la demande d'extradition—Subsidiairement, s'il y a eu enquête, elle ne visait pas la détection, la prévention et la répression du crime ni ne comportait d'activités destinées à faire respecter les lois canadiennes, comme l'exige l'art. 22(1)a)—Le demandeur prétend que l'exception prévue à l'art. 19 ne s'applique pas puisque les É.-U. n'avaient pas fourni les renseignements «à titre confidentiel», l'extradition étant de nature publique—Il a fait valoir que, suivant l'art. 22(1)b), la GRC devait prouver que la communication des renseignements risquerait de nuire aux activités visant à faire respecter les lois et que l'art. 26 lui permettait de retrancher le nom de tierces parties—Le solliciteur général soutient que les renseignements soustraits à la communication concernaient une enquête se rapportant à l'exécution de la Loi sur l'extradition—La jurisprudence établit que la norme de contrôle applicable aux décisions relatives aux exceptions à la Loi sur la protection des renseignements personnels est la norme de la décision correcte—Selon la Cour, l'examen du dossier indiquait clairement que la GRC avait simplement été informée par Justice Canada que les É.-U. recherchaient le demandeur pour des violations aux modalités de sa mise en liberté surveillée et qu'une demande d'extradition avait été faite—Les seules mesures prises ont consisté à verser le nom du demandeur dans une base de données de la police canadienne et à communiquer par courriel avec Justice Canada au sujet de l'état de la demande d'extradition—Cela ne constitue pas une enquête au sens de la Loi—Aucune action de la nature d'une enquête n'a été entreprise—Le commissaire a erré, l'intervention de la Cour était justifiée—Puisque l'unique fondement de la décision est l'exception prévue à l'art. 22(1)a), la Cour n'avait pas à examiner l'applicabilité des autres exceptions énoncées à la Loi—De toute façon, aucune autre exception ne paraît applicable, hormis la lettre du FBI à la GRC contenant le nom d'une tierce partie—Le document devra être communiqué au demandeur après suppression d'un paragraphe—Demande accueillie—Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985),

**PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS
PERSONNELS—Fin**

ch. P-21, art. 19, 22, 26, 41—Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 15(1).

MAYDAK C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) (T-73-04, 2004 CF 1171, juge Rouleau, ordonnance en date du 24-8-04, 9 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Contrôle judiciaire d'une décision ([2003] D.A.T.C. n° 392 (QL)) d'un arbitre nommé en vertu du Code canadien du travail rejetant la plainte de congédiement injuste du demandeur—Le demandeur était employé par le défendeur—À la suite de plusieurs absences, le défendeur a demandé au demandeur qu'il fournisse des billets du médecin, ce qu'il n'a pas fait—Le directeur des ressources humaines a averti le demandeur au sujet de son comportement, son attitude au travail, son assiduité, ses pauvres résultats de tests—Le demandeur a finalement été congédié lorsqu'il a été incapable de motiver une nouvelle absence—Lors de l'audience,

RELATIONS DU TRAVAIL—Fin

l'arbitre a rejeté les allégations du demandeur selon lesquelles le défendeur avait exigé de lui trop de quarts de nuit, ce qui l'avait rendu malade, et n'avait pas respecté les modalités de son retour au travail suite à son absence pour cause de maladie—L'affidavit du demandeur présenté dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire n'est pas admissible car il est fondé sur des croyances ou suppositions ainsi que des spéculations, arguments, conclusions de droit—Est-ce que l'arbitre a contrevenu à la Loi sur les langues officielles en entendant l'audience malgré qu'il ne comprenait pas assez l'anglais—La Cour n'a pas compétence pour trancher cette question car il existe un autre recours approprié, soit celui établi à l'art. 58 de la Loi sur les langues officielles—Demande rejetée—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2—Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31, art. 58.

BAKAYOKO C. BELL NEXXIA (T-1755-03, 2004 CF 1408, juge Shore, jugement en date du 14-10-04, 11 p.)

If undelivered, return to:
Publishing and Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à:
Éditions et Services de dépôt
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario), Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing and Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
<http://publication.gc.ca>

En vente auprès de:
Éditions et Services de dépôt
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
<http://publication.gc.ca>