



**Canada
Federal Court
Reports**

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

2003, Vol. 1, Part 2

2003, Vol. 1, 2^e fascicule

Cited as [2003] 1 F.C., 219-446

Renvoi [2003] 1 C.F., 219-446

ACTING EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF PAR INTÉRIM

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

LEGAL STAFF

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

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

PRODUCTION STAFF

Production Manager
LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Publications Specialist
DIANE DESFORGES

Internet and CRIS Coordinator
LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant
PIERRE LANDRIAULT

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

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 2003.

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

Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Court Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3, telephone area code (613) 995-2706.

ARRÊTISTES

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

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Spécialiſte des publications
DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, Internet et SIRC
LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition
PIERRE LANDRIAULT

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2003.

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

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à: L'arrêtiſte en chef, Recueil des arrêts de la Cour fédérale, Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3, téléphone (613) 995-2706.

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

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

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

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

CONTENTS

Digests D-11
Appeals Noted I

Apotex Inc. v. Merck & Co. (C.A.) 242

Patents—Practice—*Res Judicata*—Motions Judge granting motion for summary judgment in favour of respondents (Merck) on basis of doctrine of *res judicata*—Patent issued to Merck covering claims for invention of compounds known as enalapril, enalapril maleate—Apotex twice purchasing bulk enalapril maleate from unnamed foreign customer of compulsory licensee to formulate generic version of substance after licence extinguished—In 1995, F.C.A. holding respondents' patent infringed by appellant's purchase of enalapril maleate—Evidence at trial of initial purchase only—Apotex now seeking declaration "second" purchase not infringing patent—*Res judicata* embracing two forms of estoppel: cause of action estoppel, issue estoppel, based on similar policies—Finality in litigation paramount policy concern—Issue estoppel applicable as parties, issues, material facts identical in both proceedings—Assuming change in law sufficient to relax application of issue estoppel *Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.*; *Eli Lilly & Co. v. Apotex Inc.* not changing law—No special circumstances justifying relaxation of issue estoppel—Application of issue estoppel not resulting in injustice.

Continued on next page

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

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

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

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

SOMMAIRE

Fiches analytiques F-13
Appels notés I

Apotex Inc. c. Merck & Co. (C.A.) 242

Brevets—Pratique—*Res judicata*—Le juge des requêtes a accueilli une requête en jugement sommaire en faveur des intimées (Merck) en se fondant sur l'autorité de la chose jugée—Le brevet délivré à Merck portait sur des revendications visant l'invention de certains composés désignés sous le nom d'énalapril et de maléate d'énalapril—Apotex a acheté à deux reprises du maléate d'énalapril en vrac d'un client étranger non désigné du titulaire de la licence obligatoire pour effectuer la formulation de la version générique de la substance après l'extinction de la licence—En 1995, la C.A.F. a statué que l'appelante avait contrefait le brevet des intimées en achetant le maléate d'énalapril—La preuve produite au procès visait uniquement l'achat initial—Apotex sollicite maintenant un jugement déclarant que le «deuxième» achat ne contrefaisait pas le brevet—La chose jugée s'applique à deux formes d'irrecevabilité: l'irrecevabilité pour identité des causes d'action et l'irrecevabilité pour identité des questions en litige, qui reposent sur des principes similaires—Le règlement final des litiges est une préoccupation de principe fondamentale—L'irrecevabilité pour identité des questions en litige s'appliquait étant donné que les parties, les questions en litige et les faits substantiels étaient identiques dans les

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (C.A.) 219

Access to Information—Names, complete interviews of individuals interviewed in course of administrative review of allegations of discrimination, harassment by senior departmental officer, resulting in latter being relieved of duties, not exempt from disclosure pursuant to combined effect of Access to Information Act, s. 19, Privacy Act, s. 3 definition of “personal information”, par. (i) exemption—Case involving competing interests under Privacy Act of two individuals contending impugned information their personal information, fighting over its disclosure—Disclosure mandated pursuant to Privacy Act, s. 3 definition of “personal information”, paras. (e), (g)—Department’s promise of confidentiality cannot override statutory obligation to release information—“Chilling effect” of disclosure not ground for refusal to disclose—Interpretation of S.C.C. decision in *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*—Both private interest of senior officer (to know what was said, by whom, if only to exercise right under Privacy Act, s. 12(2) to clear name), public interest (fairness requiring witnesses not be given blank cheque, persons against whom unfavourable views expressed be given opportunity to be informed thereof, challenge accuracy, correct them) mandate disclosure of interviewees’ names.

SOMMAIRE (Suite)

deux instances—Si on tient pour acquis qu’une modification du droit suffit pour assouplir l’application de l’irrecevabilité pour identité des questions en litige, la décision *Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.*; *Eli Lilly & Co. c. Apotex Inc.* n’a pas modifié le droit—Il n’y a aucune circonstance particulière qui justifierait d’assouplir la règle de l’irrecevabilité pour identité des questions en litige—L’application de l’irrecevabilité pour identité des questions en litige n’entraînerait pas une injustice.

Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.A.) 219

Accès à l’information—Le nom et les résultats des entrevues des personnes interrogées dans le cadre d’un examen administratif concernant des allégations de comportement discriminatoire et de harcèlement de la part d’un haut fonctionnaire à la suite duquel ce dernier a été démis de ses fonctions ne sont pas soustraits à la communication par suite de l’effet combiné de l’art. 19 de la Loi sur l’accès à l’information et du par. i) de la définition de «renseignements personnels» à l’art. 3 de la Loi sur la protection des renseignements personnels—L’affaire porte sur les droits divergents, sous le régime de la Loi sur la protection des renseignements personnels, de deux individus qui prétendent que les renseignements contestés sont des renseignements qui leur sont personnels et qui se battent au sujet de leur divulgation—Les par. e) et g) de la définition de «renseignements personnels» à l’art. 3 de la Loi sur la protection des renseignements personnels exigent la communication des renseignements demandés—La promesse de confidentialité faite par le Ministère ne saurait avoir préséance sur l’obligation de communiquer les renseignements qui est imposée par la Loi—L’«effet d’intimidation» que peut avoir la communication des renseignements n’est pas un motif de refuser la communication—Interprétation de l’arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)* de la C.S.C.—Tant l’intérêt privé du haut fonctionnaire (la possibilité de connaître les propos qui ont été tenus à son sujet et qui a tenu ces propos, ne serait-ce que pour pouvoir exercer le droit que lui reconnaît l’art. 12(2) de la Loi sur la protection des renseignements personnels de corriger les renseignements à son sujet) et l’intérêt du public (l’équité exige que l’on ne donne pas carte blanche aux témoins et que les personnes contre lesquelles des opinions défavorables sont exprimées aient l’occasion d’en être informées, d’en contester l’exactitude et de les rectifier) commandent que le nom des personnes interrogées soit divulgué.

CONTENTS (Continued)

Privacy—Names, complete interviews of individuals interviewed in course of administrative review of allegations of discrimination, harassment by senior departmental officer, resulting in latter being relieved of duties, not exempt from disclosure pursuant to combined effect of Access to Information Act, s. 19, Privacy Act, s. 3 definition of “personal information”, par. (i) exemption—Case involving competing interests under Privacy Act of two individuals contending impugned information their personal information, fighting over its disclosure—Disclosure mandated pursuant to Privacy Act, s. 3 definition of “personal information”, paras. (e), (g)—Department’s promise of confidentiality cannot override statutory obligation to release information—“Chilling effect” of disclosure not ground for refusal to disclose—Interpretation of S.C.C. decision in *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*—Both private interest of senior officer (to know what was said, by whom, if only to exercise right under Privacy Act, s. 12(2) to clear name), public interest (fairness requiring witnesses not be given blank cheque, persons against whom unfavourable views expressed be given opportunity to be informed thereof, challenge accuracy, correct them) mandate disclosure of interviewees’ names.

Chesters v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 361

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Plaintiff suffering from multiple sclerosis declared medically inadmissible under Immigration Acts. 19(1)(a)(ii)—S. 19(1)(a)(ii) not contrary to Charter ss. 7, 15.

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty, Security—Plaintiff declared medically inadmissible under Immigration Act, s. 19(1)(a)(ii) as suffering from multiple sclerosis, reasonably likely to cause excessive

SOMMAIRE (Suite)

Protection des renseignements personnels—Le nom et les résultats des entrevues des personnes interrogées dans le cadre d’un examen administratif concernant des allégations de comportement discriminatoire et de harcèlement de la part d’un haut fonctionnaire à la suite duquel ce dernier a été démis de ses fonctions ne sont pas soustraits à la communication par suite de l’effet combiné de l’art. 19 de la Loi sur l’accès à l’information et du par. i) de la définition de «renseignements personnels» à l’art. 3 de la Loi sur la protection des renseignements personnels—L’affaire porte sur les droits divergents, sous le régime de la Loi sur la protection des renseignements personnels, de deux individus qui prétendent que les renseignements contestés sont des renseignements qui leur sont personnels et qui se battent au sujet de leur divulgation—Les par. e) et g) de la définition de «renseignements personnels» à l’art. 3 la Loi sur la protection des renseignements personnels exigent la communication des renseignements demandés—La promesse de confidentialité faite par le Ministère ne saurait avoir préséance sur l’obligation de communiquer les renseignements qui est imposée par la Loi—L’«effet d’intimidation» que peut avoir la communication des renseignements n’est pas un motif de refuser la communication—Interprétation de l’arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)* de la C.S.C.—Tant l’intérêt privé du haut fonctionnaire (la possibilité de connaître les propos qui ont été tenus à son sujet et qui a tenu ces propos, ne serait-ce que pour pouvoir exercer le droit que lui reconnaît l’art. 12(2) de la Loi sur la protection des renseignements personnels de corriger les renseignements à son sujet) et l’intérêt du public (l’équité exige que l’on ne donne pas carte blanche aux témoins et que les personnes contre lesquelles des opinions défavorables sont exprimées aient l’occasion d’en être informées, d’en contester l’exactitude et de les rectifier) commandent que le nom des personnes interrogées soit divulgué.

Chesters c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (1^{re} inst.) 361

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes non admissibles—La demanderesse, atteinte de sclérose en plaques, a été jugée non admissible pour des raisons médicales en vertu de l’art. 19(1)(a)(ii) de la Loi sur l’immigration—L’art. 19(1)(a)(ii) n’est pas contraire aux art. 7 et 15 de la Charte.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—La demanderesse a été jugée non admissible pour des raisons médicales en vertu de l’art. 19(1)(a)(ii) de la Loi sur l’immigration parce qu’elle souffre de

CONTENTS (Continued)

demands on health services—Plaintiff's right to security of person not infringed in consequence of application of medical inadmissibility provision—Plaintiff not victim of state action—As potential immigrant, plaintiff subject to meeting requirements of Immigration Act, Regulations—No right to enter Canada in capacity of spouse of Canadian citizen—Process by which plaintiff assessed meeting criteria identified in *Nova Scotia Pharmaceutical*; tools exist to guide conduct of medical assessment, inform legal debate; assessment procedure not arbitrary; principles of natural justice not offended.

Constitutional Law—Charter of Rights—Equality Rights—Plaintiff declared medically inadmissible under Immigration Act, s. 19(1)(a)(ii) as suffering from multiple sclerosis, reasonably likely to cause excessive demands on health services—S. 19(1)(a)(ii) not in violation of Charter, s. 15—In absence of evidence, Act's excessive demands provisions not having adverse discriminatory impact on persons in plaintiff's class—Case not about disability but medical assessment of potential immigrants within context of Canadian immigration law, therefore no discrimination on enumerated or analogous ground.

Deol v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (C.A.) 301

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Refusal of permanent resident visas to appellant's family on ground of medical inadmissibility of appellant's father (advanced degenerative osteoarthritis in both knees might reasonably be expected to cause excessive demands on health services in Canada)—Portion of Immigration Act, s. 19(1)(a)(ii) providing for inadmissibility on ground of disability not contrary to Charter, s. 15—When cost issue, demands excessive when reasonably might be expected to exceed by significant degree average per capita health care costs incurred by that section of Canadian population in same age range as visa applicant (appellant's father)—Here, open to Board to conclude on evidence reasonable for visa officer to conclude that, if

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

sclérose en plaques et est vraisemblablement susceptible d'entraîner un fardeau excessif pour les services de santé—Le droit de la demanderesse à la sécurité de sa personne n'a pas été violé par suite de l'application de la disposition relative à la non-admissibilité pour des raisons médicales—La demanderesse n'a pas été victime d'un acte de l'État—En tant qu'immigrante éventuelle, elle était sujette à la satisfaction des exigences de la Loi sur l'immigration et du Règlement—Elle n'avait pas le droit d'entrer au Canada en sa qualité de conjointe d'un citoyen canadien—Le processus par lequel la demanderesse a été évaluée satisfait aux critères identifiés dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical*; il existe des outils afin de guider la conduite de l'évaluation médicale et un débat judiciaire; la procédure d'évaluation n'est pas arbitraire; les principes de justice fondamentale ne sont pas enfreints.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits à l'égalité—La demanderesse a été jugée non admissible pour des raisons médicales en vertu de l'art. 19(1)a)(ii) de la Loi sur l'immigration parce qu'elle souffre de sclérose en plaques et est vraisemblablement susceptible d'entraîner un fardeau excessif pour les services de santé—L'art. 19(1)a)(ii) ne viole pas l'art. 15 de la Charte—En l'absence de preuve, les dispositions de la Loi relatives au fardeau excessif n'ont pas d'effets discriminatoires sur les personnes appartenant à la catégorie à laquelle appartient la demanderesse—Cette affaire ne concerne pas la déficience, mais l'évaluation médicale relativement à des immigrants éventuels au Canada dans le contexte du droit de l'immigration canadien, il n'y a donc aucune discrimination fondée sur un motif énuméré ou analogue.

Deol c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.A.) 301

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Refus de délivrer des visas de résidence permanente aux membres de la famille de l'appelante pour le motif que son père était non admissible pour des raisons d'ordre médical (il souffrait d'une arthropathie chronique dégénérative des genoux à un stade avancé qui entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services de santé canadiens)—La partie de l'art. 19(1)a)(ii) de la Loi sur l'immigration qui prévoit que certaines personnes appartiennent à une catégorie non admissible par suite d'une invalidité ne va pas à l'encontre de l'art. 15 de la Charte—Lorsqu'une question de coût se pose, un fardeau est excessif lorsque les coûts risquent de dépasser de façon marquée les coûts de santé per capita moyens

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

admitted as permanent resident, visa applicant's demands for health services likely to be excessive—Election to have or not to have elective surgery relevant in determining whether or not medical opinion under Act, s. 19(1)(a)(ii) reasonable; however, person cannot waive right to publicly funded medical services all permanent residents possess; evidence of intention not to undergo particular treatment must be weighed with all other relevant evidence in determining whether person might reasonably be expected to make excessive demands on health services in Canada—Duty of fairness to Manitoba sponsor of immigrant, Manitoba destined immigrant not breached when Manitoba bonding program (if pertinent and applicable) not disclosed to sponsor and applicant in letter advising applicant of negative medical assessment—Ability to pay irrelevant to question of excessive demand under Act, s. 19(1)(a)(ii) in case of Manitoba sponsor of immigrant, Manitoba destined immigrant, in light of Manitoba bonding program if such program both accessible, applicable in circumstances.

Constitutional Law—Charter of Rights—Equality Rights—Refusal of permanent resident visas to appellant's family on ground of medical inadmissibility of appellant's father (advanced degenerative osteoarthritis in both knees might reasonably be expected to cause excessive demands on health services in Canada)—Portion of Immigration Act, s. 19(1)(a)(ii) providing for inadmissibility on ground of disability not contrary to Charter, s. 15—Act, s. 19(1)(a)(ii) does not have purpose or effect discriminatory within meaning of equality guarantee—Fact applicant child of parent who has been refused visa because of medical condition expensive to treat not reflecting adversely on her individual worth or otherwise violating her human dignity; not ascribing disability or any other personal characteristic to her by virtue of her parentage—Like other visa applicants, applicant sponsor's father found medically inadmissible on basis of individualized

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

dépensés pour la tranche de la population canadienne qui fait partie du même groupe d'âge que le demandeur de visa (le père de l'appelante)—En l'espèce, il était loisible à la Commission de conclure, vu l'ensemble de la preuve, qu'il était raisonnable de la part de l'agent des visas de conclure que, s'il était admis comme résident permanent, le demandeur de visa aurait probablement besoin de services de santé qui entraîneraient un fardeau excessif—Le choix d'accepter ou non une intervention chirurgicale facultative est pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer si l'avis d'un médecin en vertu de l'art. 19(1)(a)(ii) de la Loi est raisonnable; toutefois, une personne ne peut renoncer au droit que possèdent tous les résidents permanents de se prévaloir des services de santé financés à même les fonds publics; les éléments de preuve relatifs à l'intention de ne pas subir un traitement déterminé doivent être soupesés avec tous les autres éléments de preuve pertinents pour décider si la personne en question risque d'entraîner un fardeau excessif pour les services de santé au Canada—L'obligation d'équité due à un résident du Manitoba qui parraine un immigrant dont la destination est le Manitoba n'est pas enfreinte lorsqu'on ne fait pas connaître au parrain et au demandeur, dans la lettre avisant le demandeur que son évaluation médicale est négative, l'existence du programme de garantie du Manitoba (s'il est pertinent et s'il s'applique)—La capacité de payer n'est pas pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer le fardeau excessif en vertu de l'art. 19(1)(a)(ii) de la Loi dans le cas d'un résident du Manitoba qui parraine un immigrant dont la destination est le Manitoba, étant donné le programme de garantie du Manitoba, dans la mesure où ce programme s'applique et est accessible dans les circonstances de l'affaire.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits à l'égalité—Refus de délivrer des visas de résidence permanente aux membres de la famille de l'appelante pour le motif que son père était non admissible pour des raisons d'ordre médical (il souffrait d'une arthropathie chronique dégénérative des genoux à un stade avancé qui entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services de santé canadiens)—La partie de l'art. 19(1)(a)(ii) de la Loi sur l'immigration qui prévoit que certaines personnes appartiennent à une catégorie non admissible par suite d'une invalidité ne va pas à l'encontre de l'art. 15 de la Charte—L'art. 19(1)(a)(ii) n'a pas un objet ou un effet discriminatoires au sens de la garantie d'égalité—Le fait que la demanderesse soit l'enfant d'un parent qui s'est vu refuser un visa en raison d'une affection qui coûte cher à soigner ne porte atteinte ni à sa valeur individuelle ni à sa dignité humaine; sa filiation n'a pas pour effet de lui attribuer une déficience

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

medical assessments, prognoses of his condition, resulting demands he might reasonably be expected to cause on health services in Canada.

Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development) (C.A.) 271

Pensions—Applicant common-law spouse of contributor under Canada Pension Plan (CPP), later separated from him—Contributor died shortly after separation—Applicant seeking survivor's pension, division of unadjusted pensionable earnings—Pension application denied—CPP, s. 2(1) requiring common-law spouse, but not married spouse, to have resided with contributor at date of latter's death to qualify for survivor's pension—Distinction between common-law, married spouses affecting applicant's dignity—Act, s. 2(1) of no force, effect as violating applicant's Charter, s. 15 right to be free from discrimination on ground of marital status; not justified under Charter, s. 1.

Constitutional Law—Charter of Rights—Equality Rights—Whether definition of "spouse" in CPP, s. 2(1) invalidated by Charter, s. 15 for requiring common-law spouse, but not married spouse, to have resided with contributor at date of latter's death—S. 15 to be interpreted in purposive, contextual manner—Formal distinction drawn between applicant, others on basis of personal characteristic, being marital status—Ultimate purpose underlying s. 15 protection of claimant's human dignity—Pension Appeals Board erred in failing to find discrimination for purpose of s. 15—Statutory definition of "spouse" violating s. 15.

Constitutional Law—Charter of Rights—Limitation Clause—Definition of "spouse" in Canada Pension Plan, s. 2 violating Charter, s. 15—Once discrimination established, onus on Minister to prove limitation reasonable, demonstrably justified in free, democratic society—Goals of CPP, survivor's pension pressing, substantial—Rational connection between legislation, objective—But Parliament not reasonable in choosing

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

ou une autre caractéristique personnelle—À l'instar de tout autre demandeur de visa, le père de la demanderesse a été déclaré non admissible pour des raisons d'ordre médical sur la foi d'évaluations médicales individualisées et de pronostics au sujet de son état de santé et du fardeau qu'il risquait en conséquence d'entraîner pour les services de santé au Canada.

Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) (C.A.) 271

Pensions—La demanderesse, qui était conjointe de fait du cotisant au Régime de pensions du Canada (RPC), s'est séparée de lui—Le cotisant est décédé peu de temps après la séparation—La demanderesse a présenté une demande de pension de survivant, ainsi qu'une demande de partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension—La demande de pension a été rejetée—L'art. 2(1) du RPC exige que le conjoint de fait, mais non le conjoint marié, ait vécu avec le cotisant au moment du décès de celui-ci pour avoir droit à la pension de survivant—La distinction entre les conjoints de fait et les conjoints mariés constitue une atteinte à la dignité de la demanderesse—L'art. 2(1) de la Loi est inopérant, en ce qu'il viole le droit de la demanderesse, garanti par l'art. 15 de la Charte, de ne pas faire l'objet de discrimination en raison de son état matrimonial, et n'est pas justifié par l'art. premier de la Charte.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits à l'égalité—L'art. 15 de la Charte invalide-t-il la définition de «conjoint» figurant à l'art. 2(1) du RPC qui exige que le conjoint de fait, mais non le conjoint marié, ait vécu avec le cotisant au moment du décès de celui-ci—L'art. 15 doit être interprété selon son objet et son contexte—Une distinction formelle a été établie entre la demanderesse et d'autres personnes en raison d'une caractéristique personnelle, son état matrimonial—L'objectif ultime qui sous-tend l'art. 15 est de protéger la dignité humaine de la demanderesse—La Commission d'appel des pensions a commis une erreur en ne concluant pas qu'il y a eu discrimination au sens de l'art. 15—La définition légale de «conjoint» contrevient à l'art. 15.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Clause limitative—La définition de «conjoint» à l'art. 2(1) du Régime des pensions du Canada contrevient à l'art. 15 de la Charte—Une fois, la discrimination établie, il incombe au ministre de prouver qu'il s'agit d'une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans une société libre et démocratique—Les objectifs du RPC, et de la pension de survivant, sont urgents et

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

residence requirement as line of demarcation for eligibility for survivor's pension—Minister not demonstrating applicant's equality right impaired in reasonable manner, failing to discharge onus under minimal impairment inquiry—Effect of discrimination not proportional to objectives—Definition of "spouse" under CPP not justified under Charter, s. 1.

Ontario Assn. of Architects v. Assn. of Architectural Technologists of Ontario (C.A.) 331

Trade-marks—Official Marks—Appeal from Trial Division's dismissal of application to reverse Registrar of Trade-marks' decision to give public notice of adoption, use of official mark by Association of Architectural Technologists of Ontario (AATO)—Only public authority may register official mark under Trade-marks Act, s. 9(1)(n)(iii)—AATO not-for-profit corporation, incorporated by letters patent, continued by private Act of Ontario Legislature—Applications Judge holding AATO public authority as controlled by Legislature which could amend enabling legislation—Appeal allowed—Application of two-part test of degree of governmental control, public benefit to determine whether public authority—Duty to do some thing of benefit to public (third part of English test) may be relevant as element of public benefit—Government control of otherwise private organization requiring some ongoing supervision of activities—Legislature's exclusive power to change AATO's statutory objects, powers, duties insufficient to satisfy government control test because not allowing government to exercise ongoing influence—AATO's activities benefit public—Setting, enforcing standards of professional competence regulating part of practice of profession, providing public with some assurance as to competence, honesty of members—That activities may also benefit members not fatal to characterization of public benefit.

Trade-marks—Practice—Registrar of Trade-marks giving public notice of adoption, use by Association of

SOMMAIRE (Suite)

réels—Il existe un lien rationnel entre la loi et son objectif—Mais le législateur n'a pas agi de manière raisonnable en choisissant l'exigence de cohabitation comme ligne de démarcation aux fins de l'admissibilité à la pension de survivant—Le ministre n'a pas démontré qu'il a été porté atteinte de façon raisonnable au droit à l'égalité de la demanderesse et il ne s'est pas déchargé de son fardeau à l'étape de l'analyse de l'atteinte minimale—L'effet de la discrimination n'était pas proportionnel aux objectifs—La définition de «conjoint» du RPC n'est pas justifiée par l'art. premier de la Charte.

Ordre des architectes de l'Ontario c. Assn. of Architectural Technologists of Ontario (C.A.) 331

Marques de commerce—Marques officielles—Appel d'une décision de la Section de première instance qui a rejeté une demande visant à infirmer la décision du registraire des marques de commerce de donner un avis public d'adoption et emploi d'une marque officielle par l'Association of Architectural Technologists of Ontario (AATO)—Seule une autorité publique peut enregistrer une marque officielle en vertu de l'art. 9(1)n(iii) de la Loi sur les marques de commerce—L'AATO est une personne morale à but non lucratif qui a été constituée par lettres patentes et prorogée par une loi privée de la législature de l'Ontario—Le juge saisi de la demande a statué que l'AATO est une autorité publique relevant du contrôle de l'assemblée législative qui peut modifier sa loi habilitante—Appel accueilli—Application du critère en deux volets du contrôle gouvernemental et du bien public pour déterminer s'il s'agit d'une autorité publique—L'obligation de faire quelque chose qui profite à l'ensemble du public (troisième volet du critère établi par la jurisprudence anglaise) peut être pertinente comme élément de l'intérêt public—Le contrôle gouvernemental d'un organisme par ailleurs privé commande une supervision gouvernementale continue des activités—Le pouvoir exclusif du législateur de modifier les objets, pouvoirs et devoirs de l'AATO est insuffisant pour satisfaire au critère du contrôle gouvernemental parce qu'il ne permet pas au gouvernement d'exercer une influence continue—Les activités de l'AATO profitent au public—En établissant et en appliquant des normes de compétence régissant en partie l'exercice de la profession, elle offre au public une certaine assurance quant à la compétence et à l'honnêteté de ses membres—Le fait que des activités peuvent aussi profiter à des membres n'empêche pas fatalement qu'elles puissent profiter au public.

Marques de commerce—Pratique—Le registraire des marques de commerce a donné un avis public de

CONTENTS (Continued)

Architectural Technologists of Ontario (AATO) of official marks—Ontario Association of Architects applied to Trial Division for order reversing Registrar’s decision pursuant to Federal Court Rules, 1998, governing both applications for judicial review, appeals under Trade-marks Act, s. 56, without specifying which remedial route pursuing—Should be treated as application for judicial review, not as appeal—Nothing in scheme of Trade-marks Act, s. 9(1) justifying departure from normal principle person who was neither party, nor intervenor in proceedings having no standing to exercise statutory right of appeal.

Pfizer Canada Inc. v. Canada (Attorney General) (T.D.) 423

Patents—Registration—Pursuant to Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 4(4), patents herein ineligible for inclusion in patent register as filing date of patent applications in Canada not preceding filing date of supplemental new drug submissions—“Filing date” referring solely to Canadian filing date, not priority date or date of filing in United States.

Construction of Statutes—Interpretation of “filing date” in Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 4(4)—In case of ambiguity or contradiction in two official versions of enactment, plain, unequivocal version (French version herein) favoured—Courts have also adopted approach favouring more narrow meaning over broader one in practice of attempting to find shared or common meaning in two versions—Patents herein ineligible for inclusion in patent register as filing date of patent applications in Canada not preceding filing date of supplemental new drug submissions.

Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. v. Canada (Minister of Health) (C.A.) ... 402

Patents—Practice—Patent for new way of using polyphosphonates in treatment of osteoporosis (product packaged in kit for intermittent, cyclical use)—Genpharm alleging its product would not infringe as not

SOMMAIRE (Suite)

l’adoption et emploi de marques officielles par l’Association of Architectural Technologists of Ontario (AATO)—L’Ordre des architectes de l’Ontario a demandé à la Section de première instance d’annuler la décision du registraire en invoquant les Règles de la Cour fédérale (1998) qui régissent à la fois les demandes de contrôle judiciaire et les appels en vertu de l’art. 56 de la Loi sur les marques de commerce, sans toutefois préciser quelle avenue il entendait suivre—La demande devait être considérée comme une demande de contrôle judiciaire et non comme un appel—Rien dans l’esprit de l’art. 9(1) de la Loi sur les marques de commerce justifie de s’écarter du principe normal selon lequel une personne qui n’était ni partie ni intervenante aux procédures n’a pas qualité pour exercer un droit d’appel.

Pfizer Canada Inc. c. Canada (Procureur général) (1^{re} inst.) 423

Brevets—Enregistrement—Suivant l’art. 4(4) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), les brevets dont il est question en l’espèce ne pouvaient être ajoutés au registre des brevets puisque la date de dépôt des demandes de brevet au Canada n’était pas antérieure à celle de la présentation supplémentaire de drogue nouvelle—Les mots «date de dépôt» font référence uniquement à la date de dépôt d’une demande au Canada et non à une date de dépôt prioritaire ou à une date de dépôt aux États-Unis.

Interprétation des lois—Interprétation des mots «date de dépôt» figurant à l’art. 4(4) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—Lorsqu’il y a une ambiguïté ou une contradiction entre deux versions officielles d’un texte législatif, la version claire et non équivoque est favorisée (la version française en l’espèce)—Les tribunaux ont également adopté une approche qui favorise un sens plus étroit lorsqu’il est question de tenter de trouver un sens commun entre deux versions d’un texte—Les brevets dont il est question en l’espèce ne pouvaient être ajoutés au registre des brevets puisque la date de dépôt des demandes de brevet au Canada n’était pas antérieure à celle de la présentation supplémentaire de drogue nouvelle.

Compagnie pharmaceutique Procter & Gamble Canada c. Canada (Ministre de la Santé) (C.A.) 402

Brevets—Pratique—Brevet ayant pour objet une nouvelle utilisation de polyphosphonates pour le traitement de l’ostéoporose (produit emballé en kit pour une utilisation intermittente, cyclique)—Genpharm

CONTENTS (Concluded)

packaged in kit—Notices of allegation fatally flawed as Genpharm failed to provide facts in its detailed statements addressing use claims in patent, therefore failed to advance any facts to support allegations of non-infringement of use claims—Evidence establishing Genpharm's product would be used for treatment of osteoporosis if notice of compliance obtained—Infringement of patent for purposes of Regulations if generic producer sells product and infringement results by patient using product for use protected in patent—If not direct, then at least indirect infringement of patent.

Practice—*Res Judicata*—Issue estoppel—Patent for new way of using polyphosphonates in treatment of osteoporosis (product packaged in kit for intermittent, cyclical use)—Generic producer alleging its product would not infringe as not packaged in kit—Order, in course of prohibition application proceedings, to produce portions of generic producer's abbreviated new drug submission not estopping original product manufacturer from raising defects in notices of allegation in main proceeding—Notice of allegation not court document, not subject to being perfected by court order.

SOMMAIRE (Fin)

soutient que son produit ne constituerait pas une contrefaçon puisque celui-ci n'est pas emballé en kit—Les avis d'allégation sont entachés d'un vice fatal parce que dans son énoncé détaillé, Genpharm n'a pas fourni de faits traitant des revendications pour l'utilisation contenues dans le brevet, ainsi elle n'a présenté aucun fait à l'appui de ses allégations de non-contrefaçon des revendications pour l'utilisation—La preuve a été établie que le produit de Genpharm serait utilisé pour le traitement de l'ostéoporose si celle-ci obtenait un avis de conformité—Il y a contrefaçon du brevet pour les fins du Règlement si la vente d'un produit du fabricant de génériques a pour effet la contrefaçon du brevet par des patients qui font de ce produit une utilisation protégée—Il y a contrefaçon du brevet, sinon directement, du moins indirectement.

Pratique—*Res judicata*—Irrecevabilité—Brevet ayant pour objet une nouvelle utilisation de polyphosphonates pour le traitement de l'ostéoporose (produit emballé en kit pour une utilisation intermittente, cyclique)—Le fabricant de génériques soutient que son produit ne constituerait pas une contrefaçon puisque celui-ci n'est pas emballé en kit—Dans le cadre de l'instance en interdiction, l'ordonnance visant la production de certains extraits de la présentation abrégée de drogue nouvelle du fabricant de génériques n'empêchait pas le fabricant du produit d'origine de soulever les vices des avis d'allégation dans l'instance principale—L'avis d'allégation n'est pas un document judiciaire, il n'est pas susceptible d'être amélioré par une ordonnance de la Cour.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Bear v. Canada (Attorney General), [2002] 2 F.C. 356 (T.D.), has been reversed on appeal (A-680-01, 2003 FCA 40). The reasons for judgment handed down 27/1/03, will be reported in the *Federal Court Reports*.

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Varela, [2002] 4 F.C. 144 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-141-02, 2003 FCA 42), reasons for judgment handed down 27/1/03.

Early Recovered Resources Inc. v. Gulf Log Salvage, [2002] 4 F.C. 626 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-106-02, 2003 FCA 35). The reasons for judgment handed down 24/1/03, will be reported in the *Federal Court Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for Leave to Appeal

Industries Vogue Ltée v. M.N.R., A-419-00, 2002 FCA 135, Noël J.A., judgment dated 15/4/02 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 30/1/03.

Kalevar v. Liberal Party of Canada, A-721-01, 2002 FCA 246, Evans J.A., judgment dated 11/6/02 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 23/1/03.

Klevering v. Canada (Attorney General), A-500-00, 2002 FCA 267, Richard C.J., judgment dated 20/6/02 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 30/1/03.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Bear c. Canada (Procureur général)*, [2002] 2 C.F. 356 (1^{re} inst.), a été infirmée en appel (A-680-01, 2003 CAF 40). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 27-1-03, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

La décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Varela*, [2002] 4 C.F. 144 (1^{re} inst.), a été confirmée en appel (A-141-02, 2003 CAF 42), les motifs du jugement ayant été prononcés le 27-1-03.

La décision *Early Recovered Resources Inc. c. Gulf Log Salvage*, [2002] 4 C.F. 626 (1^{re} inst.), a été confirmée en appel (A-106-02, 2003 CAF 35). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 24-1-03, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Industries Vogue Ltée c. M.R.N., A-419-00, 2002 CAF 135, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 15-4-02 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 30-1-03.

Kalevar c. Parti Libéral du Canada, A-721-01, 2002 CAF 246, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 11-6-02 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 23-1-03.

Klevering c. Canada (Procureur général), A-500-00, 2002 CAF 267, le juge en chef Richard, jugement en date du 20-6-02 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 30-1-03.

**Canada
Federal Court
Reports**

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

2003, Vol. 1, Part 2

2003, Vol. 1, 2^e fascicule

A-326-01
2002 FCA 270

A-326-01
2002 CAF 270

The Information Commissioner of Canada
(*Appellant*)

v.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

and

Philip W. Pirie (*Added Respondent*)

and

The Privacy Commissioner of Canada (*Intervener*)

INDEXED AS: CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (C.A.)

Court of Appeal, Décary, Noël and Evans J.J.A.—
Ottawa, June 4 and 21, 2002.

Access to Information — Names, complete interviews of individuals interviewed in course of administrative review of allegations of discrimination, harassment by senior departmental officer, resulting in latter being relieved of duties, not exempt from disclosure pursuant to combined effect of Access to Information Act, s. 19, Privacy Act, s. 3 definition of “personal information”, para. (i) exemption — Case involving competing interests under Privacy Act of two individuals contending impugned information their personal information, fighting over its disclosure — Disclosure mandated pursuant to Privacy Act, s. 3 definition of “personal information”, paras. (e), (g) — Department’s promise of confidentiality cannot override statutory obligation to release information — “Chilling effect” of disclosure not ground for refusal to disclose — Interpretation of S.C.C. decision in Dagg v. Canada (Minister of Finance) — Both private interest of senior officer (to know what was said, by whom, if only to exercise right under Privacy Act, s. 12(2) to clear name), public interest (fairness requiring witnesses not be given blank cheque, persons against whom unfavourable views expressed be given opportunity to be informed thereof, challenge accuracy, correct them) mandate disclosure of interviewees’ names.

Le Commissaire à l’information du Canada
(*appelant*)

c.

Le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration
(*intimé*)

et

Philip W. Pirie (*coïntimé*)

et

Le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada (*intervenant*)

RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSAIRE À L’INFORMATION) c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L’IMMIGRATION) (C.A.)

Cour d’appel, juges Décary, Noël et Evans, J.C.A.—
Ottawa, 4 et 21 juin 2002.

Accès à l’information — Le nom et les résultats des entrevues des personnes interrogées dans le cadre d’un examen administratif concernant des allégations de comportement discriminatoire et de harcèlement de la part d’un haut fonctionnaire à la suite duquel ce dernier a été démis de ses fonctions ne sont pas soustraits à la communication par suite de l’effet combiné de l’art. 19 de la Loi sur l’accès à l’information et du par. i) de la définition de «renseignements personnels» à l’art. 3 de la Loi sur la protection des renseignements personnels — L’affaire porte sur les droits divergents, sous le régime de la Loi sur la protection des renseignements personnels, de deux individus qui prétendent que les renseignements contestés sont des renseignements qui leur sont personnels et qui se battent au sujet de leur divulgation — Les par. e) et g) de la définition de «renseignements personnels» à l’art. 3 de la Loi sur la protection des renseignements personnels exigent la communication des renseignements demandés — La promesse de confidentialité faite par le Ministère ne saurait avoir préséance sur l’obligation de communiquer les renseignements qui est imposée par la Loi — L’«effet d’intimidation» que peut avoir la communication des renseignements n’est pas un motif de refuser la communication — Interprétation de l’arrêt Dagg c. Canada (Ministre des Finances) de la C.S.C. — Tant l’intérêt privé du haut fonctionnaire (la possibilité de connaître les propos qui

Privacy — Names, complete interviews of individuals interviewed in course of administrative review of allegations of discrimination, harassment by senior departmental officer, resulting in latter being relieved of duties, not exempt from disclosure pursuant to combined effect of Access to Information Act, s. 19, Privacy Act, s. 3 definition of "personal information", para. (f) exemption — Case involving competing interests under Privacy Act of two individuals contending impugned information their personal information, fighting over its disclosure — Disclosure mandated pursuant to Privacy Act, s. 3 definition of "personal information", paras. (e), (g) — Department's promise of confidentiality cannot override statutory obligation to release information — "Chilling effect" of disclosure not ground for refusal to disclose — Interpretation of S.C.C. decision in Dagg v. Canada (Minister of Finance) — Both private interest of senior officer (to know what was said, by whom, if only to exercise right under Privacy Act, s. 12(2) to clear name), public interest (fairness requiring witnesses not be given blank cheque, persons against whom unfavourable views expressed be given opportunity to be informed thereof, challenge accuracy, correct them) mandate disclosure of interviewees' names.

Allegations of discrimination and harassment in a Department of Citizenship and Immigration Alberta Case Processing Centre prompted the respondent Minister to request an independent consultant to investigate. Employees, but not managers, who participated were advised that the interviews would be confidential. Shortly after the report was released, the respondent, Mr. Pirie, the Director of the Centre (the Director), was relieved of his duties. When Mr. Pirie was denied access to the notes from the interviews, he complained to the Information Commissioner of Canada. Further disclosures were made, but the names of the persons

ont été tenus à son sujet et qui a tenu ces propos, ne serait-ce que pour pouvoir exercer le droit que lui reconnaît l'art. 12(2) de la Loi sur la protection des renseignements personnels de corriger les renseignements à son sujet) et l'intérêt du public (l'équité exige que l'on ne donne pas carte blanche aux témoins et que les personnes contre lesquelles des opinions défavorables sont exprimées aient l'occasion d'en être informées, d'en contester l'exactitude et de les rectifier) commandent que le nom des personnes interrogées soit divulgué.

Protection des renseignements personnels — Le nom et les résultats des entrevues des personnes interrogées dans le cadre d'un examen administratif concernant des allégations de comportement discriminatoire et de harcèlement de la part d'un haut fonctionnaire à la suite duquel ce dernier a été démis de ses fonctions ne sont pas soustraits à la communication par suite de l'effet combiné de l'art. 19 de la Loi sur l'accès à l'information et du par. i) de la définition de «renseignements personnels» à l'art. 3 de la Loi sur la protection des renseignements personnels — L'affaire porte sur les droits divergents, sous le régime de la Loi sur la protection des renseignements personnels, de deux individus qui prétendent que les renseignements contestés sont des renseignements qui leur sont personnels et qui se battent au sujet de leur divulgation — Les par. e) et g) de la définition de «renseignements personnels» à l'art. 3 la Loi sur la protection des renseignements personnels exigent la communication des renseignements demandés — La promesse de confidentialité faite par le Ministère ne saurait avoir préséance sur l'obligation de communiquer les renseignements qui est imposée par la Loi — L'«effet d'intimidation» que peut avoir la communication des renseignements n'est pas un motif de refuser la communication — Interprétation de l'arrêt Dagg c. Canada (Ministre des Finances) de la C.S.C. — Tant l'intérêt privé du haut fonctionnaire (la possibilité de connaître les propos qui ont été tenus à son sujet et qui a tenu ces propos, ne serait-ce que pour pouvoir exercer le droit que lui reconnaît l'art. 12(2) de la Loi sur la protection des renseignements personnels de corriger les renseignements à son sujet) et l'intérêt du public (l'équité exige que l'on ne donne pas carte blanche aux témoins et que les personnes contre lesquelles des opinions défavorables sont exprimées aient l'occasion d'en être informées, d'en contester l'exactitude et de les rectifier) commandent que le nom des personnes interrogées soit divulgué.

Des allégations de comportement discriminatoire et de harcèlement au Service de traitement centralisé du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration en Alberta ont incité le ministre intimé à demander à un consultant de l'extérieur de faire enquête. Les employés, mais non les cadres, qui ont été reçus en entrevue ont été informés que les entrevues seraient confidentielles. Peu de temps après la publication du rapport, l'intimé, M. Pirie, directeur du Centre (le directeur), a été démis de ses fonctions. Quand on lui refusé l'accès aux notes prises lors des entrevues, M. Pirie a porté plainte auprès du Commissaire à l'information du Canada. D'autres renseigne-

interviewed, along with information regarding their position were not disclosed. Also, views and opinions about Mr. Pirie were severed from the record when their disclosure would indirectly disclose the identity of the person who expressed them. The Applications Judge found that the names and opinions of the interviewees, excluding managers, about Mr. Pirie, and portions of their interviews that would identify them, should not be disclosed pursuant to subsection 19(1) of the *Access to Information Act* (the Access Act) on the basis that they were "personal information" as defined in paragraph (i) of the definition of "personal information", *Privacy Act*, section 3. She also decided that paragraphs (e) and (g) did not apply because paragraph (i) applied. This was an appeal from that decision.

Held, the appeal should be allowed.

Paragraph (i) of the definition of "personal information" does not apply. Disclosure is mandated pursuant to paragraphs (e) and (g) of that definition.

Four preliminary observations were made. (1) The impact of the report and the interview notes on Mr. Pirie's career, and the course of action that would be open to him under the Access Act or otherwise should disclosure be ordered, were irrelevant. The issue was whether there was a right of access to the impugned information. (2) Applying the decision below, much of the information the Department was prepared to disclose to Mr. Pirie would be incomprehensible to him, and many of the views expressed would not even be disclosed. Thus, the right given to Mr. Pirie under subsection 12(2) of the *Privacy Act* to request the correction of the personal information would be meaningless. (3) The promise of confidentiality made by the Department to some of the interviewees cannot override the obligation imposed by statute to release the information, nor be used in opposition to Mr. Pirie should he be entitled to disclosure. (4) The chilling effect disclosure might have on possible future investigations has consistently been denied as a ground for refusing disclosure.

This case was different from most previous cases in that it was about the competing interests under the *Privacy Act* of two individuals who contended that the impugned information was their personal information and who were fighting over its

contents ont été communiqués, mais le nom des personnes interrogées ainsi que les renseignements relatifs au poste qu'elles occupaient n'ont pas été communiqués. De plus, les idées ou opinions relatives à M. Pirie ont été retranchées des documents dans chaque cas où leur communication risquait de dévoiler l'identité de la personne qui les avait exprimées. Le juge de première instance a conclu que le nom et les opinions des personnes interrogées, à l'exception des cadres, au sujet de M. Pirie de même que les parties des entrevues qui permettraient de les identifier ne devaient pas être communiqués en vertu du paragraphe 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* pour le motif qu'il s'agissait de «renseignements personnels» au sens de l'alinéa i) de la définition de «renseignements personnels» à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Elle a également conclu que les alinéas e) et g) ne s'appliquaient pas en raison de l'application de l'alinéa i). Il s'agissait en l'espèce d'un appel de cette décision.

Arrêt: l'appel doit être accueilli.

L'alinéa i) de la définition de «renseignements personnels» ne s'applique pas. Les alinéas e) et g) de cette définition exigent que les renseignements demandés soient communiqués.

Quatre remarques préliminaires ont été faites. 1) Les incidences que le rapport et les notes d'entrevue avaient pu avoir sur la carrière de M. Pirie et les voies de recours qui lui seraient ouvertes, notamment en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* pour le cas où le tribunal ordonnerait la communication des renseignements demandés, n'étaient pas pertinentes. La question qui se posait était de savoir s'il existait un droit à la communication des renseignements contestés. 2) Si on appliquait la décision rendue en première instance, une grande partie des renseignements que le Ministère était disposé à communiquer à M. Pirie lui serait incompréhensible et une partie des idées exprimées par les personnes interrogées ne serait même pas communiquée. Ainsi, le droit conféré à M. Pirie par le paragraphe 12(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* de demander la correction des renseignements personnels le concernant serait illusoire. 3) La promesse de confidentialité que le Ministère a faite à quelques-unes des personnes interrogées ne saurait avoir préséance sur l'obligation de communiquer les renseignements qui est imposée par la Loi, ni être opposée à M. Pirie, en supposant qu'il a droit à leur communication. 4) L'effet d'intimidation que la communication des renseignements pourrait avoir sur d'éventuels participants à des enquêtes futures a toujours été écarté en tant que motif de refuser la communication.

La présente affaire se distinguait de la plupart des affaires dont avaient été saisis antérieurement les tribunaux en ce qu'elle portait sur les droits divergents, sous le régime de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, de deux

disclosure, Mr. Pirie claiming that the views expressed about him by the interviewees and their identity were his “personal information” pursuant to paragraph (g), the interviewees claiming that the views they had expressed about him were their own “personal information” under paragraph (i) in so far as their names and any information likely to identify them were concerned. The same information can be “personal” to more than one individual, but the scheme of the *Privacy Act* requires that one interest must prevail.

The Supreme Court of Canada decision in *Dagg v. Canada (Minister of Finance)* should not be interpreted as inviting courts, when determining whether a given information is “personal information”, to minimize the significance of the examples given in paragraphs (a) to (i) of the definition of “personal information” in section 3 of the *Privacy Act* in view of the use of the words “including, without restricting the generality of the foregoing” in the first part of the definition. When, as herein, a specific example excludes a certain type of information from the definition of “personal information”, the exclusion cannot be ignored on the ground that the example is merely an illustration, and that what is excluded by the example is nevertheless captured by the opening words. Parliament cannot have intended to have included in the general words what it has excluded in the examples given. Paragraph (e) makes it clear that the personal opinions of an individual (an interviewee) are his “personal information” except when they are about another individual (Mr. Pirie) in which case paragraph (g) provides that they become the “personal information” of Mr. Pirie. Paragraph (h) did not apply as it specified that only when the views concern a proposal or a grant, an award or a prize, is the identity of their holder excluded. Paragraph (i) applies where the disclosure of the name itself would reveal information about the individual. Where the name does not appear, the information does not fall under paragraph (i). However, given La forest J.’s *obiter* in *Dagg*, the name itself of an interviewee is personal information of the latter under paragraph (i), but this finding has no impact on the ultimate conclusion.

The name of interviewees and contextual information that might lead to their identification are the personal information

individus qui prétendaient que les renseignements contestés étaient des renseignements qui leur étaient personnels et se battaient au sujet de leur divulgation, M. Pirie affirmant d’une part que les idées que les personnes interrogées ont exprimées à son sujet, de même que l’identité de ces personnes, constituaient des «renseignements personnels» sur lui au sens de l’alinéa 3g) et les personnes interrogées soutenant d’autre part que les idées qu’elles avaient exprimées à son sujet étaient des «renseignements personnels» les concernant au sens de l’alinéa 3i), pour ce qui est de leur nom ainsi que des renseignements susceptibles de révéler leur identité. Les mêmes renseignements peuvent être «personnels» pour plusieurs personnes. Toutefois, l’économie de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* exige cependant qu’un seul droit ait préséance.

On ne devrait pas considérer que, dans l’arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, la Cour suprême du Canada a invité les tribunaux à minimiser l’importance des exemples donnés aux alinéas a) à i) de la définition de l’expression «renseignements personnels» à l’article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* lorsqu’ils sont appelés à décider si des renseignements déterminés constituent ou non des «renseignements personnels» puisqu’on a utilisé l’expression «notamment» dans la première partie de la définition. Lorsque, comme c’est le cas en l’espèce, un exemple précis a pour effet de soustraire un certain type de renseignements à la définition de l’expression «renseignements personnels», on ne peut faire fi de cette exception pour le motif que l’exemple n’est fourni qu’à titre indicatif et que ce qui est exclu par l’exemple est néanmoins visé par le préambule. Il n’est pas possible que le législateur ait voulu inclure dans un préambule ce qu’il exclut par ailleurs dans les exemples qu’il donne. L’alinéa e) dispose dans les termes les plus nets que les opinions personnelles d’un individu (d’une des personnes interrogées) constituent des «renseignements personnels» concernant cet individu, sauf lorsqu’ils portent sur un autre individu (M. Pirie), auquel cas ces renseignements deviennent des «renseignements personnels» concernant M. Pirie. L’alinéa h) ne s’appliquait pas puisqu’il précise que ce n’est que lorsque les idées ou opinions portent sur une proposition de subvention, de récompense ou de prix que l’identité de la personne qui les a exprimées tombe sous le coup de l’exception. L’alinéa i) s’applique lorsque la divulgation du nom lui-même révélerait des renseignements au sujet de la personne en cause. Lorsque le nom n’est pas mentionné, les renseignements ne tombent pas sous le coup de l’alinéa i). Toutefois, vu les opinions incidentes formulées par le juge La Forest dans l’arrêt *Dagg*, le nom de la personne interrogée constitue un renseignement personnel à son sujet au sens de l’alinéa i), bien que cette conclusion n’ait pas d’incidence sur la décision finale.

Le nom des personnes interrogées et les renseignements contextuels qui sont susceptibles de permettre de les identifier

of Mr. Pirie under paragraph (g) and the name of interviewees is also their personal information under paragraph (i). Mr. Pirie was undeniably entitled to the disclosure of the contextual information. As for the disclosure of the name of the interviewees, a choice had to be made between the right of Mr. Pirie to seek its disclosure and the right of the interviewees to oppose it. The balancing exercise must take into consideration the private interests of both Mr. Pirie and the interviewees, as well as the public interest in disclosure and in non-disclosure, respectively. The private interest of the interviewees was in keeping their participation secret and their conversations with the investigator confidential. This would ensure that their working or personal relationship with Mr. Pirie was not jeopardized and protect them from any possible legal action by Mr. Pirie. This private interest was minimal. Participation had, in itself, little significance. Interviewees have no reason to fear disclosure of their views except to the extent that they could not justify them. The private interest of Mr. Pirie, on the other hand, was significant. Implicit, if not explicit in the report and the action taken by the Department was the fact that he bore some responsibility for the problems which were found to exist at the Centre. He must be given the opportunity to know what was said, and by whom, against him, if only to exercise his right under subsection 12(2) of the *Privacy Act* to clear his name in the Department's archives. The public interest in the disclosure is to ensure fairness in the conduct of administrative inquiries. Fairness will generally require that witnesses not be given a blank cheque and that persons against whom unfavourable views are expressed be given the opportunity to be informed of such views, to challenge their accuracy and to correct them if need be. Therefore, both the private interest of Mr. Pirie and the public interest mandated the disclosure of the name of the interviewees. This conclusion was consistent, *inter alia*, with the comments made the Privacy Commissioner in his testimony before the Standing Committee on Public Accounts and with the administrative interpretation of the *Privacy Act* in a Treasury Board Manual.

constituent des renseignements personnels concernant M. Pirie au sens de l'alinéa g), et le nom des personnes interrogées constitue également des renseignements personnels les concernant au sens de l'alinéa i). M. Pirie avait incontestablement droit à la communication des renseignements contextuels. Pour ce qui est de la divulgation du nom des personnes interrogées, il fallait choisir entre le droit de M. Pirie d'en réclamer la divulgation et le droit des personnes interrogées de s'y opposer. Pour trancher cette question, il faut tenir compte de l'intérêt privé de M. Pirie et des personnes interrogées à la divulgation et de l'intérêt du public à la divulgation et à la non-divulgation. L'intérêt privé des personnes interrogées consistait à cacher le fait qu'elles avaient participé à l'enquête et à garder confidentielles les conversations qu'elles avaient eues avec l'enquêteur. Cela assurerait que leurs relations de travail et leurs rapports personnels avec M. Pirie ne seraient pas compromis et les mettrait à l'abri de toute action en justice que pourrait tenter M. Pirie. Cet intérêt privé était négligeable. La participation à l'enquête avait en soi peu d'importance. Les personnes interrogées n'avaient aucun motif de craindre les conséquences de la divulgation des idées qu'elles avaient exprimées, sauf si elles ne pouvaient pas les justifier. L'intérêt privé de M. Pirie était, en revanche, important. Le rapport et les mesures prises par le Ministère donnent implicitement à penser que M. Pirie est en partie responsable des problèmes qui ont été constatés au Centre. Il doit se voir accorder la possibilité de connaître les propos qui ont été tenus à son sujet, et qui a tenu ces propos, ne serait-ce que pouvoir exercer le droit que lui reconnaît le paragraphe 12(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* de corriger les renseignements à son sujet dans les archives du Ministère. L'intérêt du public à ce que les renseignements soient divulgués vise à assurer que les enquêtes administratives se déroulent de façon équitable. L'équité exige en règle générale que l'on ne donne pas carte blanche aux témoins et que les personnes contre lesquelles des opinions défavorables sont exprimées aient l'occasion d'en être informées, d'en contester l'exactitude et, au besoin, de les rectifier. Par conséquent, tant l'intérêt privé de M. Pirie que l'intérêt du public commandaient que le nom des personnes interrogées soit divulgué. Cette conclusion allait dans le sens des propos formulés par le Commissaire à la protection de la vie privée dans le témoignage qu'il a donné devant le Comité permanent sur les comptes publics, et elle s'accordait aussi avec l'interprétation administrative de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* que l'on retrouve dans le Manuel du Conseil du Trésor.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 16(1)(c), 17, 19(1), 20(1), 49.
Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 3 "personal

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 16(1)c), 17, 19(1), 20(1), 49.
Loi sur la protection des renseignements personnels,

information”, 8(1), 12(2), 22(1)(b).

L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 3 «renseignements personnels» (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. vii n° 47), 8(1), 12(2), 22(1)(b).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Ruby v. Canada (Solicitor General), [2000] 3 F.C. 589; (2000), 187 D.L.R. (4th) 675; 6 C.P.R. (4th) 289; 256 N.R. 278 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. allowed [2002] S.C.C.A. No. 353 (QL); *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration and Refugee Board)* (1997), 4 Admin. L.R. (3d) 96; 140 F.T.R. 140; 82 C.P.R. (3d) 290 (F.C.T.D.); *Rubin v. Canada (Minister of Transport)*, [1998] 2 F.C. 430; (1997), 154 D.L.R. (4th) 414; 221 N.R. 145 (C.A.); *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; (1997), 148 D.L.R. (4th) 385; 46 Admin. L.R. (2d) 155; 213 N.R. 161.

REFERRED TO:

Lavigne v. Canada (Commissioner of Official Languages) (1998), 157 F.T.R. 15 (F.C.T.D.); affd (2000), 261 N.R. 19 (F.C.A.); affd (2002), 214 D.L.R. (4th) 1 (S.C.C.); *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1993] 3 F.C. 320; (1993), 19 Admin. L.R. (2d) 230; 50 C.P.R. (3d) 253; 64 F.T.R. 62 (T.D.); affd [1995] 2 F.C. 110; (1995), 30 Admin. L.R. (2d) 242; 60 C.P.R. (3d) 441; 179 N.R. 350 (C.A.).

AUTHORS CITED

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs on Bill C-43. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 94 (1980-1983) (Hon. Francis Fox), at pp. 171-172.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Public Accounts. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 20 (12/12/89) (Comm. Grace), at p. 10.

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

Treasury Board Manual on Privacy and Data Protection. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1993.

APPEAL from a Trial Division decision (*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 3 F.C. 384; (2001), 33 Admin. L.R. (3d) 250; 202 F.T.R. 112) that the names of individuals interviewed in the course of an administrative review, who expressed views or opinions

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Ruby c. Canada (Solliciteur général), [2000] 3 C.F. 589; (2000); 187 D.L.R. (4th) 675; 6 C.P.R. (4th) 289; 256 N.R. 278 (C.A.); autorisation de pourvoi devant la C.S.C. accordée [2002] S.C.C.A. n° 353 (QL); *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)* (1997), 4 Admin. L.R. (3d) 96; 140 F.T.R. 140; 82 C.P.R. (3d) 290 (C.F. 1^{re} inst.); *Rubin c. Canada (Ministre des Transports)*, [1998] 2 C.F. 430; (1997), 154 D.L.R. (4th) 414; 221 N.R. 145 (C.A.); *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; (1997), 148 D.L.R. (4th) 385; 46 Admin. L.R. (2d) 155; 213 N.R. 161.

DÉCISIONS CITÉES:

Lavigne c. Canada (Commissaire aux langues officielles) (1998), 157 F.T.R. 15 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (2000), 261 N.R. 19 (C.A.F.); conf. par (2002), 214 D.L.R. (4th) 1 (S.C.C.); *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1993] 3 C.F. 320; (1993), 19 Admin. L.R. (2d) 230; 50 C.P.R. (3d) 253; 64 F.T.R. 62 (1^{re} inst.); conf. par [1995] 2 C.F. 110; (1995), 30 Admin. L.R. (2d) 242; 60 C.P.R. (3d) 441; 179 N.R. 350 (C.A.).

DOCTRINE

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des questions juridiques concernant le projet de loi C-43. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 94 (1980-1983) (hon. Francis Fox), aux p. 171-172.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent des comptes publics. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 20 (12-12-89) (Comm. Grace), à la p. 10.

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto, Butterworths, 1994.

Manuel du Conseil du Trésor sur la protection des renseignements personnels. Ottawa, ministère des Approvisionnement et Services du Canada, 1993.

APPEL de la décision de la Section de première instance (*Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 3 C.F. 384; (2001), 33 Admin. L.R. (3d) 250; 202 F.T.R. 112) portant que le nom des personnes qui ont été interrogées dans le cadre d'un

about a senior officer of the Department of Citizenship and Immigration, and portions of their interviews which would identify them, are exempted from disclosure pursuant to paragraph (i) of the definition of “personal information” in section 3 of the *Privacy Act*. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Daniel Brunet and *Patricia Boyd* for appellant.
Christopher M. Rupar for respondent.
 No one appearing for added respondent.
Dougald E. Brown and *Steven J. Welchner* for intervenor.

SOLICITORS OF RECORD:

Information Commissioner of Canada for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.
Nelligan O'Brien Payne LLP, Ottawa, for intervenor.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] DÉCARY J.A.: This is an appeal from a judgment of Madam Justice Dawson reported at [2001] 3 F.C. 384 (T.D.). The principal issue is whether the names of individuals interviewed in the course of an administrative review, who expressed views or opinions about a senior officer of the Department of Citizenship and Immigration (the Department), and portions of their interviews which would identify them, are exempted from disclosure as their “personal information” as defined in paragraph 3(i)* of the *Privacy Act* [R.S.C., 1985, c. P-21].

* Editor’s Note: Throughout these reasons, references to paragraphs of section 3 of the *Privacy Act* should read as references to paragraphs of the definition of “personal information” in section 3 of the Act.

examen administratif et qui ont exprimé leurs idées ou leurs opinions au sujet d’un haut fonctionnaire du ministère de la Citoyenneté et de l’Immigration, ainsi que les extraits de leur entrevue qui permettraient de les identifier sont soustraits à la communication pour le motif qu’il s’agit de «renseignements personnels» au sens de l’alinéa i) de la définition de «renseignements personnels» à l’article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Appel accueilli.

COMPARUTIONS:

Daniel Brunet et *Patricia Boyd* pour l’appellant.
Christopher M. Rupar pour l’intimé.
 Personne n’a comparu pour le coïntimé.
Dougald E. Brown et *Steven J. Welchner* pour l’intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Commissaire à l’information du Canada pour l’appellant.
Le sous-procureur général du Canada pour l’intimé.
Nelligan O'Brien Payne LLP, Ottawa, pour l’intervenant.

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

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: La Cour est saisie de l’appel d’un jugement de M^{me} le juge Dawson publié à [2001] 3 C.F. 384 (1^{re} inst.). La principale question en litige est celle de savoir si le nom des personnes qui ont été interrogées dans le cadre d’un examen administratif et qui ont exprimé leurs idées ou leurs opinions au sujet d’un haut fonctionnaire du ministère de la Citoyenneté et de l’Immigration (le Ministère), ainsi que les extraits de leur entrevue qui permettraient de les identifier, sont soustraits à la communication au motif qu’il s’agit de «renseignements personnels» au sens de l’alinéa 3i)* [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. vii, n^o 47] de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* [L.R.C. (1985), ch. P-21].

* Note de l’arrêstiste: Dans ces motifs, les mentions des alinéas de l’article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* devraient se rapporter aux alinéas de la définition de “renseignements personnels” à l’article 3 de la Loi.

[2] The relevant facts can be simply put. Allegations of discriminatory behaviour and harassment at the Department's Case Processing Centre (the Centre) in Vegreville, Alberta, prompted the respondent (the Minister) to request an independent consultant to "examine corporate culture, values and systems in the [Centre] with a view to enhancing respect in the workplace for all individuals". Interviews were conducted in April, May and June of 1996 on a voluntary basis. Employees who participated were advised that the interviews would be confidential; managers who participated were not so advised. The notes from the interviews were to be maintained by the consultant and were not to be passed to the Department. The final report was provided to the Department on July 1, 1996, and it was eventually made public.

[3] On July 10, 1996, Mr. Pirie, the Director of the Centre, was given a copy of the report. That very day, he was relieved of his duties. On July 31, 1996, he sought access to the notes from the interviews. As a result of that request, the interview notes then in the possession of the consultant came into the possession of the Department. Mr. Pirie was denied access to the notes in part. He then complained to the Information Commissioner of Canada (the Information Commissioner) and further disclosures were made. In the end, the names of the persons interviewed, along with information regarding their position, were not disclosed. In addition, views or opinions about Mr. Pirie were severed from the records disclosed to him when their disclosure would indirectly disclose the identity of the person who expressed them.

[4] The Department relied at different times on paragraph 16(1)(c), section 17 and subsection 20(1) of the *Access to Information Act* [R.S.C., 1985, c. A-1] (the Access Act) to refuse disclosure to Mr. Pirie. In the end, however, it relied only on subsection 19(1) of the Access Act and the definition of "personal information"

[2] Les faits pertinents sont simples. Des allégations de comportement discriminatoire et de harcèlement au Service de traitement centralisé du Ministère à Vegreville (Alberta) le STC ont incité l'intimé (le ministre) à demander à un consultant de l'extérieur, [TRADUCTION] «de faire l'examen de la culture organisationnelle, ainsi que des valeurs et des infrastructures en place au [STC] de Vegreville dans une perspective visant à valoriser le respect de tous en milieu de travail». Le consultant a reçu en entrevue en avril, mai et juin 1996 des employés qui s'étaient portés volontaires pour être interrogés à ce sujet. Avant la tenue de ces entrevues, les employés ont été informés que les entrevues seraient confidentielles. Cette assurance de confidentialité n'a cependant pas été donnée aux cadres. Le consultant s'engageait à ne pas divulguer au Ministère la teneur des notes prises lors des entrevues en question. Le rapport final a été remis au Ministère le 1^{er} juillet 1996. Le rapport a ensuite été rendu public.

[3] Le 10 juillet 1996, M. Pirie, directeur du STC, a reçu une copie du rapport. Le jour même, il a été démis de ses fonctions. Le 31 juillet 1996, M. Pirie a demandé de pouvoir consulter les notes prises lors des entrevues. Cette requête a eu pour résultat que les notes d'entrevue se sont retrouvées entre les mains du Ministère, alors que jusque là elles avaient été en la possession du consultant. M. Pirie s'est vu refuser l'accès à certaines de ces notes. Il a porté plainte auprès du Commissaire à l'information du Canada (le Commissaire à l'information) et d'autres documents lui ont été communiqués. Finalement, le nom des personnes interrogées et les renseignements relatifs au poste qu'elles occupaient n'ont pas été communiqués. De plus, les idées ou opinions relatives à M. Pirie ont été retranchées des documents qui ont été communiqués à ce dernier dans chaque cas où leur communication risquait de dévoiler l'identité de la personne qui avait exprimé ces idées ou opinions.

[4] Le Ministère a invoqué selon le cas l'alinéa 16(1)c), l'article 17 et le paragraphe 20(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* [L.R.C. (1985), ch. A-1] pour refuser de communiquer à M. Pirie les renseignements qu'il réclamait. C'est cependant sur le paragraphe 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* et sur la définition

contained in section 3 of the *Privacy Act* to which subsection 19(1) of the *Access Act* refers.

[5] The Applications Judge found that paragraph 3(i) of the *Privacy Act* warranted non-disclosure of the names and opinions of the interviewees. She then went on to determine whether the information was nevertheless to be disclosed as a result of the exception found in paragraph 3(j). She ruled that the exception applied, but only with respect to the names and opinions of the interviewees who had responsibility to prevent harassment in the workplace. In the end, she ordered the disclosure of [at paragraph 63] “the identities of all managers with responsibility to prevent harassment in the workplace or to administer a harassment policy who were interviewed should be disclosed to Mr. Pirie together with any of their recorded opinions or views they had which have not already been disclosed to Mr. Pirie”.

[6] I have reached the conclusion, with respect, that paragraph 3(i) of the *Privacy Act* does not apply, or does not prevail in the present instance, and that disclosure is mandated pursuant to paragraphs 3(e) and 3(g). In the circumstances, there will be no need to discuss the application of paragraph 3(j), except to note that all parties agree that the Applications Judge erred in relying on it.

[7] The Privacy Commissioner of Canada (the Privacy Commissioner) was granted leave to intervene. He supports the position of the Information Commissioner.

[8] I would like, at the outset, to make four preliminary observations.

[9] First, at the hearing, some time was spent by counsel in discussing the impact of the report and the

des «renseignements personnels» qui est contenue à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et à laquelle le paragraphe 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* renvoie que le Ministère s'est finalement appuyé pour justifier son refus.

[5] Le juge de première instance a conclu que le refus du ministre de divulguer le nom et les opinions des personnes interrogées était justifié par l'alinéa 3i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Elle s'est ensuite demandée si les renseignements demandés devaient quand même être communiqués en raison de l'exception prévue à l'alinéa 3j). Elle a jugé que l'exception s'appliquait, mais uniquement en ce qui concerne le nom et les opinions exprimées par les personnes interrogées qui étaient chargées de lutter contre le harcèlement en milieu de travail. Elle a finalement ordonné la divulgation à M. Pirie de [au paragraphe 63] «l'identité de tous les cadres ayant comme responsabilité d'empêcher le harcèlement sur le lieu de travail ou comme fonction d'appliquer la politique de harcèlement qui ont été interrogés [. . .] de même que toutes leurs opinions ou idées consignées qui ne lui ont pas encore été divulguées».

[6] En toute déférence, je suis arrivé à la conclusion que l'alinéa 3i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne s'applique pas ou du moins qu'il n'a pas préséance en l'espèce, et que les alinéas 3e) et 3g) exigent que les renseignements demandés soient communiqués. Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire de discuter de l'application de l'alinéa 3j), si ce n'est que pour signaler que toutes les parties sont d'accord pour dire que le juge de première instance a commis une erreur en se fondant sur cette disposition.

[7] Le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada (le Commissaire à la protection de la vie privée) a été autorisé à intervenir à l'instance. Il appuie la position du Commissaire à l'information.

[8] J'aimerais, d'entrée de jeu, formuler quatre observations préliminaires.

[9] Premièrement, à l'audience, les avocats ont consacré du temps à discuter des incidences que le

interview notes on the career of Mr. Pirie and the course of action that would be open to him under the Access Act or otherwise should disclosure be ordered. This discussion is, in my view, irrelevant. What is at issue, here, is whether Mr. Pirie has the right of access to the impugned information, not what he intends to do with it, nor the reasons that prompted his request for disclosure (see *Lavigne v. Canada (Commissioner of Official Languages)* (1998), 157 F.T.R. 15 (F.C.T.D.), per Dubé J., at paragraph 28; affirmed by (2000), 261 N.R. 19 (F.C.A.); affirmed by (2002), 214 D.L.R. (4th) 1 (S.C.C.)).

[10] Second, a comparison of the documents at issue, before and after severance of the names of the interviewees and any information that could identify them, clearly reveals that much of the information the Department is prepared to disclose to Mr. Pirie would be incomprehensible to him and that many of the views expressed would not even be disclosed. For all practical purposes, the right given to Mr. Pirie under subsection 12(2) of the *Privacy Act* to “request correction of the personal information” would be meaningless. As noted by this Court in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2000] 3 F.C. 589 (C.A.); leave to appeal to the Supreme Court of Canada granted [2002] S.C.C.A. No. 353 (QL), at paragraph 167:

We accept the appellant’s submission that in order for the right to informational privacy to have any substantive meaning it must be concerned with both the acquisition of personal information and its subsequent use.

In the case at bar, for example, one wonders what use Mr. Pirie (Phil) may make of the following information contained at page 2813 of Volume 10 of the Appeal Book:

Did not feel Phil was interested in diversity. He didn’t get along with her

rapport et les notes d’entrevue avaient pu avoir sur la carrière de M. Pirie et des voies de recours qui lui seraient ouvertes, notamment en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information*, pour le cas où le tribunal ordonnerait la communication des renseignements demandés. Cette discussion est à mon avis futile. Le débat porte en l’espèce sur la question de savoir si M. Pirie a droit à la communication des renseignements contestés et non sur ce qu’il entend faire avec ces renseignements ou sur les mobiles qui l’ont poussé à les réclamer (voir le jugement *Lavigne c. Canada (Commissaire aux langues officielles)* (1998), 157 F.T.R. 15 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Dubé, au paragraphe 28; confirmé par (2000), 261 N.R. 19 (C.A.F.); confirmé par (2002), 214 D.L.R. (4th) 1 (C.S.C.)).

[10] Deuxièmement, il ressort à l’évidence d’une comparaison des documents en litige, tant avant qu’après qu’on en ait retranché le nom des personnes interrogées et les renseignements qui permettraient de découvrir leur identité, qu’une grande partie des renseignements que le Ministère est disposé à communiquer à M. Pirie lui seraient incompréhensibles et qu’une grande partie des idées exprimées par les personnes interrogées ne seraient même pas communiquées. À toutes fins utiles, le droit conféré à M. Pirie par le paragraphe 12(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* de «demander la correction des renseignements personnels le concernant» serait illusoire. Ainsi que notre Cour l’a fait remarquer dans l’arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2000] 3 C.F. 589 (C.A.); autorisation d’appel à la Cour suprême du Canada accordée, [2002] S.C.C.A. n° 353 (QL), au paragraphe 167:

Nous reconnaissons l’argument de l’appelant selon lequel, pour avoir un sens quant au fond, le droit à la vie privée doit se rapporter tant à l’acquisition de renseignements personnels qu’à leur utilisation subséquente, en particulier lorsque les renseignements personnels ont été recueillis à l’insu de l’individu et que c’est l’État qui les recueille.

Ainsi, dans le cas qui nous occupe, on se demande quel usage M. Pirie pourrait bien faire des renseignements suivants que l’on trouve à la page 2813 du volume 10 du dossier d’appel:

[TRADUCTION] N’avait pas le sentiment que Phil [M. Pirie] était intéressé à la diversité. Il ne s’entendait pas avec elle [. . .]

The only reason he transferred . . . was that he wanted to get rid of

When asked when Phil knew about racism in the CPC, she said right away because . . . knew.

[11] Third, the promise of confidentiality made by the Department to some of the interviewees cannot override the obligation imposed by statute to release the information, nor be opposed to Mr. Pirie should he be entitled to disclosure (see *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration and Refugee Board)* (1997), 4 Admin. L.R. (3d) 96 (F.C.T.D.), per Richard J., at paragraph 26; *Lavigne, supra*).

[12] Fourth, the chilling effect disclosure might have on possible future investigations has been consistently denied as a ground for refusing disclosure (see *Rubin v. Canada (Minister of Transport)*, [1998] 2 F.C. 430 (C.A.), at paragraphs 45-46; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration and Refugee Board)*, *supra*, at paragraph 45; *Lavigne, supra*). I appreciate that these decisions were rendered in the context of paragraph 16(1)(c) of the Access Act and of paragraph 22(1)(b) of the *Privacy Act*, but the principles they set out with respect to investigative bodies involved in the detection of crime or law enforcement are even more applicable to informal investigations of an administrative nature such as in the case at bar. If Parliament is prepared to protect the identity of a confidential source of information only during the course of "lawful investigations" contemplated by these paragraphs, one can hardly make a policy argument that it is necessary to protect the name of a witness in an informal inquiry in order to avoid jeopardizing the conduct of such inquiries in the future.

[13] For the sake of convenience, I reproduce below the provisions of the *Privacy Act* and of the Access Act to which I later refer:

La seule raison de sa mutation [. . .] était qu'il voulait se débarrasser de [. . .]

Interrogée sur la question de savoir quand Phil a appris qu'il y avait du racisme au Ministère, elle a répondu «tout de suite» parce qu'il était déjà au courant.

[11] Troisièmement, la promesse de confidentialité que le Ministère a faite à quelques-unes des personnes interrogées ne saurait avoir préséance sur l'obligation de communiquer les renseignements qui est imposée par la Loi, ni être opposée à M. Pirie, en supposant qu'il a droit à leur communication (voir les jugements *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)* (1997), 4 Admin. L.R. (3d) 96 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Richard, au paragraphe 26; et *Lavigne, précité*).

[12] Quatrièmement, l'effet d'intimidation que la communication des renseignements pourrait avoir sur d'éventuels participants à de futures enquêtes a toujours été écarté en tant que motif de refuser la communication (voir l'arrêt *Rubin c. Canada (Ministre des Transports)*, [1998] 2 C.F. 430 (C.A.), aux paragraphes 45 et 46, et les jugements *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, *précité*, au paragraphe 45; et *Lavigne, précité*). Si j'ai bien compris, ces décisions portaient sur l'alinéa 16(1)c) de la *Loi sur l'accès à l'information* et sur l'alinéa 22(1)b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, mais les principes qui y sont exposés au sujet des organismes d'enquête qui s'occupent du dépistage et de la répression du crime s'appliquent encore plus aux enquêtes administratives informelles comme celle qui nous intéresse en l'espèce. Si le législateur fédéral est disposé à protéger l'identité d'une source de renseignements confidentielle uniquement au cours des «enquêtes licites» envisagées par ces dispositions, on ne peut guère invoquer l'argument de principe suivant lequel il est impératif de protéger le nom des personnes qui témoignent dans une enquête informelle pour éviter de compromettre à l'avenir le déroulement de ces enquêtes.

[13] Par souci de commodité, je reproduis maintenant les dispositions de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et de la *Loi sur l'accès à l'information* qui sont citées plus loin:

Privacy Act

3. In this Act,

...

“personal information” means information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing,

(a) information relating to the race, national or ethnic origin, colour, religion, age or marital status of the individual,

(b) information relating to the education or the medical, criminal or employment history of the individual or information relating to financial transactions in which the individual has been involved,

(c) any identifying number, symbol or other particular assigned to the individual,

(d) the address, fingerprints or blood type of the individual,

(e) the personal opinions or views of the individual except where they are about another individual or about a proposal for a grant, an award or a prize to be made to another individual by a government institution or a part of a government institution specified in the regulations,

(f) correspondence sent to a government institution by the individual that is implicitly or explicitly of a private or confidential nature, and replies to such correspondence that would reveal the contents of the original correspondence,

(g) the views or opinions of another individual about the individual,

(h) the views or opinions of another individual about a proposal for a grant, an award or a prize to be made to the individual by an institution or a part of an institution referred to in paragraph (e), but excluding the name of the other individual where it appears with the views or opinions of the other individual, and

(i) the name of the individual where it appears with other personal information relating to the individual or where the disclosure of the name itself would reveal information about the individual,

but, for the purposes of sections 7, 8 and 26 and section 19 of the *Access to Information Act*, does not include

Loi sur la protection des renseignements personnels

3. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[...]

«renseignements personnels» Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment:

a) les renseignements relatifs à sa race, à son origine nationale ou ethnique, à sa couleur, à sa religion, à son âge ou à sa situation de famille;

b) les renseignements relatifs à son éducation, à son dossier médical, à son casier judiciaire, à ses antécédents professionnels ou à des opérations financières auxquelles il a participé;

c) tout numéro ou symbole, ou toute autre indication identificatrice, qui lui est propre;

d) son adresse, ses empreintes digitales ou son groupe sanguin;

e) ses opinions ou ses idées personnelles, à l'exclusion de celles qui portent sur un autre individu ou sur une proposition de subvention, de récompense ou de prix à octroyer à un autre individu par une institution fédérale, ou subdivision de celle-ci visée par règlement;

f) toute correspondance de nature, implicitement ou explicitement, privée ou confidentielle envoyée par lui à une institution fédérale, ainsi que les réponses de l'institution dans la mesure où elles révèlent le contenu de la correspondance de l'expéditeur;

g) les idées ou opinions d'autrui sur lui;

h) les idées ou opinions d'un autre individu qui portent sur une proposition de subvention, de récompense ou de prix à lui octroyer par une institution, ou subdivision de celle-ci, visée à l'alinéa e), à l'exclusion du nom de cet autre individu si ce nom est mentionné avec les idées ou opinions;

i) son nom lorsque celui-ci est mentionné avec d'autres renseignements personnels le concernant ou lorsque la seule divulgation du nom révélerait des renseignements à son sujet;

toutefois, il demeure entendu que, pour l'application des articles 7, 8 et 26, et de l'article 19 de la *Loi sur l'accès à l'information*, les renseignements personnels ne comprennent pas les renseignements concernant:

(j) information about an individual who is or was an officer or employee of a government institution that relates to the position or functions of the individual including,

- (i) the fact that the individual is or was an officer or employee of the government institution,
- (ii) the title, business address and telephone number of the individual,
- (iii) the classification, salary range and responsibilities of the position held by the individual,
- (iv) the name of the individual on a document prepared by the individual in the course of employment, and
- (v) the personal opinions or views of the individual given in the course of employment,

(k) information about an individual who is or was performing services under contract for a government institution that relates to the services performed, including the terms of the contract, the name of the individual and the opinions or views of the individual given in the course of the performance of those services,

(l) information relating to any discretionary benefit of a financial nature, including the granting of a licence or permit, conferred on an individual, including the name of the individual and the exact nature of the benefit, and

(m) information about an individual who has been dead for more than twenty years; [My emphasis.]

Access to Information Act

16. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains

...

(c) information the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada or a province or the conduct of lawful investigations, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information

...

- (ii) that would reveal the identity of a confidential source of information, or

...

19. (1) Subject to subsection (2), the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains personal information as defined in section 3 of the *Privacy Act*.

j) un cadre ou employé, actuel ou ancien, d'une institution fédérale et portant sur son poste ou ses fonctions, notamment:

- (i) le fait même qu'il est ou a été employé par l'institution,
- (ii) son titre et les adresses et numéro de téléphone de son lieu de travail,
- (iii) la classification, l'éventail des salaires et les attributions de son poste,
- (iv) son nom lorsque celui-ci figure sur un document qu'il a établi au cours de son emploi,
- (v) les idées et opinions personnelles qu'il a exprimées au cours de son emploi;

k) un individu qui, au titre d'un contrat, assure ou a assuré la prestation de services à une institution fédérale et portant sur la nature de la prestation, notamment les conditions du contrat, le nom de l'individu ainsi que les idées et opinions personnelles qu'il a exprimées au cours de la prestation;

l) des avantages financiers facultatifs, notamment la délivrance d'un permis ou d'une licence accordés à un individu, y compris le nom de celui-ci et la nature précise de ces avantages;

m) un individu décédé depuis plus de vingt ans. [Non souligné dans l'original.]

Loi sur l'accès à l'information

16. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents:

[...]

c) contenant des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales ou au déroulement d'enquêtes licites, notamment:

[...]

- (ii) des renseignements qui permettraient de remonter à une source de renseignements confidentielle,

[...]

19. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant les renseignements personnels visés à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

[14] Both the Access Act and the *Privacy Act* “recognize that, in so far as it is encompassed by the definition of ‘personal information’ in s. 3 of the *Privacy Act*, privacy is paramount over access” (*Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at paragraph 48). However, most cases that have reached the courts pitted individuals alleging their private interests for disclosure against government institutions relying on public interest to oppose disclosure, or were strictly concerned with the disclosure of personal information about oneself which an individual had himself revealed to a government institution. In contrast, this case is about the competing interests under the *Privacy Act* of two individuals who contend that the impugned information is their personal information and who are fighting over its disclosure. Mr. Pirie, on the one hand, claims that the views expressed about him by the interviewees and the identity of the interviewees are his “personal information” pursuant to paragraph 3(g). On the other hand, interviewees (whom I deem for the purposes of these reasons to be represented by the Minister) claim that the views they have expressed about Mr. Pirie are, pursuant to paragraph 3(i), their own “personal information” in so far as their names and any information likely to identify them are concerned.

[15] Given the expansive meaning attributed to “personal information” in *Dagg, supra*, it is clear that the same information can be “personal” to more than one individual. However, the scheme of the *Privacy Act* requires that one interest must prevail over the other, since a government institution cannot, with respect to the same information, both disclose it with the consent of one individual in accordance with subsection 8(1) of the *Privacy Act*, and refuse to disclose it because of the lack of consent of another individual. The failure to recognize that one piece of information may be personal to two different individuals with competing interests in its disclosure is at the root of the incorrect interpretation

[14] La *Loi sur l'accès à l'information* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels* reconnaissent toutes les deux que, «dans la mesure où il est visé par la définition de “renseignements personnels”, contenue à l’art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, le droit à la vie privée l’emporte sur le droit d’accès à l’information» (*Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, au paragraphe 48). Toutefois, la plupart des affaires qui ont été portées devant les tribunaux opposaient des particuliers qui faisaient valoir leur droit privé d’obtenir la communication à des institutions fédérales qui invoquaient l’intérêt du public pour s’opposer à la communication, ou ne concernaient que la communication de renseignements personnels que l’intéressé avait lui-même révélés à une institution fédérale. Par contraste, la présente affaire porte sur les droits divergents, sous le régime de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, de deux individus qui prétendent que les renseignements contestés sont des renseignements qui leur sont personnels et qui se battent au sujet de leur divulgation. D’une part, M. Pirie affirme que les idées que les personnes interrogées ont exprimées à son sujet, de même que l’identité de ces personnes, constituent des «renseignements personnels» sur lui au sens de l’alinéa 3g). D’autre part, les personnes interrogées — que je présume, aux fins de la présente instance, être représentées par le ministre — soutiennent que les idées qu’elles ont exprimées au sujet de M. Pirie sont des «renseignements personnels» les concernant au sens de l’alinéa 3i), pour ce qui est de leur nom ainsi que des renseignements susceptibles de révéler leur identité.

[15] Vu le sens large qui a été attribué à l’expression «renseignements personnels» dans l’arrêt *Dagg*, précité, il est évident que les mêmes renseignements peuvent être «personnels» pour plusieurs personnes. L’économie de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* exige cependant qu’un droit ait préséance sur l’autre, étant donné qu’une institution fédérale ne peut, relativement aux mêmes renseignements, à la fois les communiquer avec le consentement d’une personne en vertu du paragraphe 8(1) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, et refuser de les divulguer en raison du défaut de consentement d’une autre personne. Le défaut de reconnaître qu’un renseignement

which, in my respectful view, was proposed by the Minister and eventually adopted by the Applications Judge.

[16] In the case at bar, the Applications Judge found that the information in dispute was personal to both Mr. Pirie and to the interviewees under the general opening words of the definition of “personal information” in section 3 of the *Privacy Act*. She went on to “review the balance of the definition of personal information, that is the enumerated exemplifiers, to ensure that the above conclusion, based upon the opening words of the definition alone, accords with the balance of the definition” (at paragraph 21).

[17] The Applications Judge eventually concluded that, even though paragraphs 3(e) and 3(g) make it clear that interviewees’ opinions about Mr. Pirie are Mr. Pirie’s personal information, these paragraphs deal with the substance of the opinions and are silent with respect to the names or identities of the holders of the opinions. Relying on *Dagg, supra*, she found that since the names or identities of the interviewees were not expressly mentioned in paragraphs 3(e) and 3(g), they were captured by the broad opening words of the definition. She also rejected the argument based on paragraph 3(h) to the effect that, in view of the specific exclusion of the name in paragraph 3(h), dealing with part of the exclusion found in paragraph 3(e), the absence of any reference to the exclusion of a person’s name in paragraph 3(g) should be taken as an indication of Parliament’s intent that an identifiable individual may not anonymously express an opinion about another individual. She found the argument “at first glance persuasive” (at paragraph 36), but declined to accept that approach to statutory interpretation “where the general opening words of the definition are intended to be the primary source of interpretation and the subsequent enumerations merely exemplifiers”.

déterminé peut être personnel pour deux personnes différentes qui ont des droits opposés au sujet de sa communication est à l’origine de l’interprétation erronée qui, à mon humble avis, a été proposée par le ministre et que le juge de première instance a finalement retenue.

[16] En l’espèce, le juge de première instance a conclu qu’en raison du préambule de la définition de l’expression «renseignements personnels» qui figure à l’article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, les renseignements en litige constituaient des renseignements personnels touchant à la fois M. Pirie et les personnes interrogées. Elle a poursuivi en examinant «le reste de la définition de l’expression “renseignements personnels”, soit la liste des exemples, afin d’assurer que la conclusion susmentionnée, laquelle est strictement fonction de la disposition liminaire de la définition, cadre bien avec le reste de la définition» (paragraphe 21).

[17] Le juge de première instance a finalement conclu que, bien que les alinéas 3e) et 3g) précisent bien que les opinions exprimées par les personnes interrogées au sujet de M. Pirie constituent des renseignements personnels concernant M. Pirie, les alinéas en question portent sur la teneur des opinions et sont muets en ce qui concerne le nom et l’identité de la personne qui a émis l’idée ou l’opinion. Se fondant sur l’arrêt *Dagg*, précité, elle a conclu que le fait que, comme les alinéas 3e) et 3g) ne les mentionnaient pas expressément, le nom et l’identité des personnes interrogées étaient visés par la disposition liminaire générale de la définition. Elle a également jugé mal fondé l’argument tiré de l’alinéa 3h) selon lequel, étant donné l’exclusion spécifique du nom de la personne visée à l’alinéa 3h), qui porte en partie sur l’exception prévue à l’alinéa 3e), l’absence de toute mention de l’exclusion du nom d’un individu à l’alinéa 3g) devrait être considérée comme exprimant l’intention du législateur fédéral de faire en sorte qu’un individu identifiable ne puisse pas anonymement exprimer ses idées ou ses opinions sur un autre individu. Même si cet argument lui a semblé «convaincant à première vue» (paragraphe 36), elle a refusé cette méthode d’interprétation de la loi «dans un cas où le préambule de la définition est censé constituer la source première de son interprétation, et l’énumération qui suit, ne constituer qu’une liste d’exemples».

[18] She then moved on to paragraph 3(i), which deals expressly with an individual's name and makes the name of the individual the personal information of the latter "in one of two situations: first, where the name appears with other personal information relating to the individual; second, where disclosure of the name would reveal information (not necessarily personal information) about the individual" (paragraph 26). She found that the first branch of paragraph 3(i) did not apply, because the name of the interviewees did not appear with other personal information about them, but that the second branch of the paragraph did apply because the disclosure of their names would reveal information about them, namely that they participated in the administrative review. In the end, she decided that paragraphs 3(e) and 3(g) did not apply because paragraph 3(i) applied. In my view, she erred in concluding that these paragraphs could not co-exist.

[19] With respect to paragraphs 3(e), (g) and (h), the conclusion of the Applications Judge is based on the premise that in *Dagg, supra*, the Supreme Court of Canada invited courts, when determining whether a given information is "personal information", to minimize the significance of the examples given in paragraphs (a) to (i) of the definition of "personal information" in section 3 of the *Privacy Act*.

[20] The relevant passage from the reasons of La Forest J. (who, on this issue, was speaking for the Court) is found in paragraph 68:

In its opening paragraph, the provision states that "personal information" means "information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing". On a plain reading, this definition is undeniably expansive. Notably, it expressly states that the list of specific examples that follows the general definition is not intended to limit the scope of the former. As this Court has recently held, this phraseology indicates that the general opening words are intended to be the primary source of interpretation. The subsequent enumeration merely

[18] Elle s'est ensuite penchée sur l'alinéa 3*i*), qui traite expressément du nom d'un individu et qui considère le nom d'un individu identifiable comme un renseignement personnel le concernant «dans au moins l'une des deux situations suivantes: premièrement, lorsque le nom est mentionné avec d'autres renseignements personnels concernant l'individu; et deuxièmement, lorsque la divulgation du nom révélerait des renseignements (sans que ces renseignements soient nécessairement des renseignements personnels) au sujet de cet individu» (paragraphe 26). Elle a conclu que le premier volet de l'alinéa 3*i*) ne s'appliquait pas, parce que le nom des personnes interrogées n'était pas mentionné en même temps que d'autres renseignements personnels les concernant, mais que le second volet de l'alinéa s'appliquait parce que la divulgation du nom de ces personnes aurait pour effet de révéler des renseignements personnels à leur sujet, à savoir leur participation à l'examen administratif. En dernière analyse, elle a décidé que les alinéas 3*e*) et 3*g*) ne s'appliquaient pas parce que l'alinéa 3*i*) s'appliquait. À mon avis, elle a commis une erreur en concluant que ces alinéas ne pouvaient coexister.

[19] En ce qui a trait aux alinéas 3*e*), *g*) et *h*), la conclusion du juge de première instance repose sur la prémisse que, dans l'arrêt *Dagg*, précité, la Cour suprême du Canada a invité les tribunaux à minimiser l'importance des exemples donnés aux alinéas *a*) à *i*) de la définition de l'expression «renseignements personnels» à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* lorsqu'ils sont appelés à décider si des renseignements déterminés constituent ou non des «renseignements personnels».

[20] C'est au paragraphe 68 de l'arrêt *Dagg* que se trouve le passage pertinent des motifs du juge La Forest – qui, sur cette question, s'exprimait au nom de la Cour:

La disposition liminaire de cet article définit l'expression «renseignements personnels» comme étant «[l]es renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment». Selon son sens clair, cette définition est indéniablement large. En particulier, elle précise que la liste des exemples particuliers qui suit la définition générale n'a pas pour effet d'en limiter la portée. Comme l'a récemment jugé notre Cour, cette phraseologie indique que la disposition liminaire générale doit servir de principale source d'interprétation. L'énumération

identifies examples of the type of subject matter encompassed by the general definition; see *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at pp. 289-91. Consequently, if a government record is captured by those opening words, it does not matter that it does not fall within any of the specific examples.

[21] With respect, this statement has to be read in context. La Forest J. was merely stating the obvious, i.e. when a definition uses the words “including, without restricting the generality of the foregoing”, that definition is “undeniably expansive” and is not limited to the matters thereafter specially enumerated. In saying that “if a government record is captured” by the opening words, “it does not matter that it does not fall within any of the specific examples”, he was not saying that it did not matter that a government record was expressly or impliedly excluded by one of the specific examples. Indeed, referring to the opening words of the definition, he went on to say, at paragraph 69: “[i]ts intent seems to be to capture any information about a specific person, subject only to specific exceptions”.

[22] When, as in the case at bar, a specific example excludes a certain type of information from the definition of “personal information”, the exclusion cannot be ignored on the ground that the example is merely an illustration, and that what is excluded by the example is nevertheless captured by the opening words. Parliament cannot have intended to include in the general words what it has excluded in the examples given. There is a significant difference between a record that does not come within the purview of an example and a record that is excluded by that very example.

[23] Paragraph 3(e) makes it clear that the personal opinions of an individual (an interviewee) are his “personal information” except when they are about another individual (Mr. Pirie) in which case paragraph 3(g) provides that they become the “personal information” of Mr. Pirie.

subséquente ne fait que donner des exemples du genre de sujets visés par la définition générale; voir *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, aux pp. 289 à 291. En conséquence, si un document de l'administration fédérale est visé par cette disposition liminaire, il importe peu qu'il ne relève d'aucun des exemples donnés.

[21] À mon humble avis, ces propos doivent être replacés dans leur contexte. Le juge La Forest énonçait simplement une vérité d'évidence, en l'occurrence le fait que lorsque, dans une définition, le législateur emploie des expressions comme «notamment» et «sans que soit limitée la portée générale de ce qui précède», une telle définition est «indéniablement large» et ne se limite pas aux exemples qui sont ensuite expressément donnés. En expliquant que «si un document de l'administration fédérale est visé» par la disposition liminaire en question, «il importe peu qu'il ne relève d'aucun des exemples donnés», le juge La Forest ne disait pas qu'il importait peu qu'un document de l'administration fédérale soit expressément ou tacitement exclu par un des exemples précis qui étaient donnés. D'ailleurs, au sujet du préambule de la définition, il a poursuivi en faisant remarquer, au paragraphe 69 qu'il «semble destin[é] à viser tout renseignement sur une personne donnée, sous la seule réserve d'exceptions précises».

[22] Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, un exemple précis a pour effet de soustraire un certain type de renseignement à la définition de l'expression «renseignements personnels», on ne peut faire fi de cette exception au motif que l'exemple n'est fourni qu'à titre indicatif et que ce qui est exclu par l'exemple est néanmoins visé par le préambule. Il n'est pas possible que le législateur ait voulu inclure dans un préambule ce qu'il exclut par ailleurs dans les exemples qu'il donne. Il existe une différence marquée entre un document qui ne tombe pas sous le coup d'un exemple et un document qui est exclu par le même exemple.

[23] L'alinéa 3e) dispose dans les termes les plus nets que les opinions personnelles d'un individu (d'une des personnes interrogées) constituent des «renseignements personnels» concernant cet individu, sauf lorsqu'ils portent sur un autre individu (M. Pirie), auquel cas ces renseignements deviennent des «renseignements personnels» concernant M. Pirie, aux termes de l'alinéa 3g).

[24] Paragraph 3(h), on the other hand, resolves any doubt as to whether paragraph 3(e) included the identity of the holder of the opinions or views in the words “personal opinions or views of an individual”. Only when the views concern a proposal for a grant, an award or a prize, is the identity of their holder excluded. We know, from the legislative history of the definition of “personal information” in the *Privacy Act*, that paragraph 3(h) was added to “clarify that these assessments will be available to the individuals whose proposals have been assessed, but the identity of the assessor would not be available” (the Honourable Francis Fox, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs on Bill C-43 (1980-83)* at pages 94:171-172). Had Parliament intended this “clarification” to apply to the whole of paragraph 3(e), it would surely have said so and simply added the clarification to the end of that paragraph. In using the word “clarification”, the Hon. Fox confirms, in my view, that the very notion of “opinion or belief of an individual” (my emphasis) would otherwise contemplate the source of that opinion or belief, i.e. the identity of the individual holding it. An opinion presumes an opinion-holder.

[25] Contrary to the Applications Judge, I conclude that the name and identity of interviewees are as much the personal information of Mr. Pirie, pursuant to paragraph 3(g), as is the substance of the opinions or views expressed.

[26] With respect to paragraph 3(i), I agree with the Applications Judge that its first branch is not applicable in the circumstances. As regards the second branch, I disagree with the conclusion that it may be applied to the contextual information (as opposed to the name) that could reveal the identity of interviewees. Paragraph 3(i) applies where the disclosure of the name itself would reveal information about the individual. Where the name does not appear, the information does not fall under

[24] L’alinéa 3h), en revanche, dissipe tout doute sur la question de savoir si, à l’alinéa 3e), l’identité de l’individu qui a exprimé les idées ou les opinions est visée par les mots «les idées ou les opinions d’un autre individu sur lui». Ce n’est que lorsque les idées ou opinions portent sur une proposition de subvention, de récompense ou de prix que l’identité de la personne qui les a exprimées tombent sous le coup de l’exception. Nous savons, grâce à la genèse législative de la définition de l’expression «renseignements personnels» dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, que l’alinéa 3h) a été ajouté pour «préciser que les évaluations seront disponibles aux personnes dont les propositions ont été évaluées; cependant l’identité de l’évaluateur demeurera cachée» (l’honorable Francis Fox, *Procès-verbaux et témoignages* du Comité permanent de la justice et des questions juridiques concernant le projet de loi C-43 (1980-83), fascicule n° 94, aux pages 171 et 172). Si le législateur fédéral avait voulu que ces «précisions» s’appliquent à l’ensemble de l’alinéa 3e), il l’aurait certainement dit et aurait tout simplement ajouté cette précision à la fin de cet alinéa. En employant le mot «précisions», le ministre Fox confirme, à mon avis, que la notion même d’«opinion ou idée d’un individu» (c’est moi qui souligne) viserait autrement la source de cette opinion ou de cette idée, c’est-à-dire l’identité de l’individu qui l’exprime. Pour qu’il y ait une opinion, il faut nécessairement qu’il y ait une personne qui l’exprime.

[25] Contrairement au juge de première instance, je conclus que le nom et l’identité des personnes interrogées constituent tout autant des renseignements personnels concernant M. Pirie, au sens de l’alinéa 3g), que la teneur des opinions ou des idées qui ont été exprimées.

[26] En ce qui concerne l’alinéa 3i), je suis d’accord avec le juge de première instance pour dire que le premier volet de cet alinéa ne s’applique pas, compte tenu des circonstances de l’espèce. Pour ce qui est du second volet, je me dissocie de la conclusion qu’il peut s’appliquer aux renseignements contextuels (par opposition au nom) qui seraient susceptibles de révéler l’identité des personnes interrogées. L’alinéa 3i) s’applique lorsque la divulgation du nom lui-même

paragraph 3(i) (see *Dagg, supra*, at paragraph 82).

[27] Still with regard to the second branch of paragraph 3(i), I entertain some doubt that the words “information about the individual” have the sweeping meaning that La Forest J., in *obiter* in *Dagg, supra*, at paragraph 85, gave them, but I cannot fault the Applications Judge for having relied on it and I have little choice myself but to hold that the name itself of an interviewee is personal information of the latter under paragraph 3(i), although, as we shall see, this finding has no impact on my ultimate conclusion.

[28] In the end, I find that the name of interviewees and the contextual information that may lead to their identification are the personal information of Mr. Pirie pursuant to paragraph 3(g) and that the name of interviewees is also their personal information pursuant to paragraph 3(i). There is no issue, then, that Mr. Pirie is entitled to the disclosure of the contextual information. But what about the disclosure of the name? A choice has to be made between the right of Mr. Pirie to seek its disclosure and the right of the interviewees to oppose it. Whose interest should prevail?

[29] The balancing exercise has to take into consideration, in my view, the private interests of both Mr. Pirie and the interviewees, as well as the public interest in disclosure and in non-disclosure, respectively.

[30] The private interest of the interviewees is in hiding the fact that they participated in the inquiry and keeping confidential conversations they had with an investigator. (I note, however, that the managers who were interviewed were not given any promise of confidentiality and cannot allege that private interest.) Preserving their anonymity would ensure that their working or personal relationship with Mr. Pirie is not

révélerait des renseignements au sujet de la personne en cause. Lorsque le nom n'est pas mentionné, les renseignements ne tombent pas sous le coup de l'alinéa 3i) (voir l'arrêt *Dagg*, précité, au paragraphe 82).

[27] Toujours en ce qui concerne le second volet de l'alinéa 3i), je doute que les mots «renseignements à son sujet» aient une portée aussi vaste que celle que le juge La Forest leur a reconnue dans les observations incidentes qu'il a formulées dans l'arrêt *Dagg*, précité, au paragraphe 85, mais je ne peux reprocher au juge de première instance de s'en être remise à ces observations et je n'ai moi-même d'autre choix que de considérer que le nom de la personne interrogée constitue un renseignement personnel à son sujet au sens de l'alinéa 3i), bien que, comme nous allons le voir, cette conclusion n'a pas d'incidence sur ma conclusion finale.

[28] En dernière analyse, je conclus que le nom des personnes interrogées et les renseignements contextuels qui sont susceptibles de permettre de les identifier constituent des renseignements personnels concernant M. Pirie au sens de l'alinéa 3g) et que le nom des personnes interrogées constituent également des renseignements personnels les concernant au sens de l'alinéa 3i). Il est donc incontestable que M. Pirie a droit à la communication des renseignements contextuels. Mais qu'en est-il de la divulgation du nom des personnes interrogées? Il faut choisir entre le droit de M. Pirie d'en réclamer la divulgation et le droit des personnes interrogées de s'y opposer. Lequel de ces droits devrait l'emporter?

[29] Pour trancher cette question, il faut à mon avis tenir compte de l'intérêt privé de M. Pirie et des personnes interrogées à la divulgation et de l'intérêt du public à la divulgation et à la non-divulgation.

[30] L'intérêt privé des personnes interrogées consiste à cacher le fait qu'elles ont participé à l'enquête et à garder secrètes les conversations qu'elles ont eues avec l'enquêteur (je constate toutefois que les cadres qui ont été interrogés n'ont reçu aucune promesse de confidentialité et qu'ils ne peuvent revendiquer cet intérêt privé). La protection de leur anonymat assurerait que leurs relations de travail et leurs rapports personnels

jeopardized and, more importantly, would protect them from any possible legal action that Mr. Pirie could bring on the basis of the views expressed.

[31] This private interest is minimal. The fact that the interviewees participated in the inquiry has, in itself, little significance and, to the extent that they can justify the views they expressed, they should not fear the consequences of the disclosure, although, obviously, there may be some. To the extent that they cannot justify their views, they might have reason to fear. The fear, however, is caused not by the disclosure but by the fact that the views were expressed in the first place and that, perhaps, they were not justifiable.

[32] The public interest in the non-disclosure which is alleged by the Minister is that of the chilling effect the disclosure might have on future investigations, coupled with the fact that promises of confidentiality made by (or on behalf of) a government institution will not be given effect. I have dealt with this argument in paragraphs 10 and 11 of these reasons and readily rejected it.

[33] The private interest of Mr. Pirie, on the other hand, is significant. Implicit, if not explicit in the report and in the action taken by the Department as a result of the publication of the report, is the fact that he bears some responsibility for the problems which were found to exist at the Centre. Surely, he must be given the opportunity to know what was said, and by whom, against him, if only to exercise his right under subsection 12(2) of the *Privacy Act* to clear his name in the Department's archives.

[34] The public interest in the disclosure is to ensure fairness in the conduct of administrative inquiries. Whatever the rules of procedural propriety applicable in a given case, fairness will generally require that witnesses not be given a blank cheque and that persons against whom unfavourable views are expressed be given the opportunity to be informed of such views, to

avec M. Pirie ne seront pas compromis et, surtout, les mettraient à l'abri de toute action en justice que M. Pirie pourrait tenter sur le fondement des idées qu'elles ont exprimées.

[31] Cet intérêt privé est négligeable. Le fait que les personnes interrogées ont participé à l'enquête a en soi peu d'importance et, dans la mesure où elles peuvent justifier les idées qu'elles ont exprimées, elles ne devraient pas craindre les conséquences de la divulgation, bien que celle-ci puisse, évidemment, en comporter. Si elles ne peuvent justifier leurs idées, elles peuvent avoir raison d'avoir des craintes. Ces craintes s'expliquent non pas par la divulgation des idées en question, mais par le fait qu'elles ont au départ été exprimées et qu'elles n'étaient peut-être pas justifiées.

[32] L'intérêt public invoqué par le ministre en ce qui concerne la non-divulgation des renseignements repose sur le fait que la communication de ces renseignements pourrait avoir pour effet d'intimider les éventuels participants à de futures enquêtes et sur le fait que les promesses de confidentialité qui ont été faites par une institution fédérale (ou en son nom) n'ont pas été respectées. J'ai déjà examiné cet argument aux paragraphes 10 et 11 et je l'ai rejeté catégoriquement.

[33] L'intérêt privé de M. Pirie est, en revanche, important. Le rapport et les mesures prises par le Ministère à la suite de la publication du rapport donnent implicitement à penser que M. Pirie est en partie responsable des problèmes qui ont été constatés au STC. Il n'en demeure pas moins qu'il doit se voir accorder la possibilité de connaître les propos qui ont été tenus à son sujet, et qui a tenu ces propos, ne serait-ce que pour pouvoir exercer le droit que lui reconnaît le paragraphe 12(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* de corriger les renseignements à son sujet dans les archives du Ministère.

[34] L'intérêt du public à ce que les renseignements soient divulgués vise à assurer que les enquêtes administratives se déroulent de façon équitable. Indépendamment des règles relatives à la régularité de la procédure qui s'appliquent dans un cas déterminé, l'équité exige en règle générale que l'on ne donne pas carte blanche aux témoins et que les personnes contre

challenge their accuracy and to correct them if need be.

[35] I therefore conclude that both the private interest of Mr. Pirie and the public interest mandate the disclosure of the name of the interviewees.

[36] This conclusion is consistent with the comments made by Privacy Commissioner Grace in his testimony before the Standing Committee on Public Accounts, on December 12, 1989, that one of the rights conferred by the *Privacy Act* (*Minutes of Proceedings and Evidence* on the Standing Committee on Public Accounts, Issue No. 20 (12/12/89), at p. 10):

... is to know what accusations against us are recorded in government files and who has made them. Whether such accusations are true and well intentioned, as some may be, or false and malicious, as other may be, it is fundamental to our notion of justice that accusations not be secret nor accusers faceless.

[37] This conclusion is also consistent with the administrative interpretation of the *Privacy Act* given in a Treasury Board Manual. I appreciate that the Manual is at best an aid to the interpretation of the *Privacy Act*, that it represents only the opinion of the Treasury Board or the officials and that they are not binding on government institutions and even less so on the courts (see *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1993] 3 F.C. 320 (T.D.), at page 341; affirmed by [1995] 2 F.C. 110 (C.A.)). Yet, the convergent views of the main and competing actors involved in this type of dispute, i.e. the Treasury Board, the Information Commissioner and the Privacy Commissioner, may offer “persuasive opinion on the purpose or meaning of legislation” (Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. (Toronto: Butterworths, 1994), at pages 469-471). Here is what the Manual has to say (*Treasury Board Manual on Privacy and Data Protection*, Ottawa: Minister of Supply & Services Canada, 1993, at pages 33-34):

lesquelles des opinions défavorables sont exprimées aient l’occasion d’en être informées, d’en contester l’exactitude et, au besoin, de les rectifier.

[35] Je conclus donc que tant l’intérêt privé de M. Pirie que l’intérêt du public commandent que le nom des personnes interrogées soit divulgué.

[36] Cette conclusion va dans le sens des propos formulés par le commissaire à la protection de la vie privée Grace dans le témoignage qu’il a donné devant le Comité permanent sur les comptes publics le 12 décembre 1989 lorsqu’il signalait que l’un des droits conférés par la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (*Procès-verbaux et témoignages* du Comité permanent des comptes publics, fascicule n° 20 (12-12-89), à la p. 10):

[TRADUCTION] [. . .] est de savoir quelles accusations sont consignées contre nous dans les dossiers gouvernementaux et qui a porté ces accusations. Que ces accusations soient vraies et bien intentionnées ou fausses et malveillantes, comme cela arrive parfois, il est essentiel, compte tenu de notre notion de la justice, qu’elles ne demeurent pas secrètes et que leurs auteurs puissent garder l’anonymat.

[37] Cette conclusion s’accorde aussi avec l’interprétation administrative de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* que l’on retrouve dans le Manuel du Conseil du Trésor. Sauf erreur, le Manuel est, au mieux, un outil d’interprétation de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, qui ne représente que l’opinion du Conseil du Trésor ou des fonctionnaires et qui ne lie pas les institutions fédérales et encore moins les tribunaux (voir le jugement *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1993] 3 C.F. 320 (1^{re} inst.), à la page 341; confirmé à [1995] 2 C.F. 110 (C.A.)). Pourtant, les vues convergentes des principaux adversaires dans ce type de conflit, en l’occurrence le Conseil du Trésor, le Commissaire à l’information et le Commissaire à la protection de la vie privée, peuvent offrir [TRADUCTION] «des opinions convaincantes sur l’objet ou le sens de la loi» (Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e ed., Toronto, Butterworths, 1994, aux pages 469 à 471). Voici ce qu’on trouve sur la question dans le Manuel du Conseil du Trésor (*Manuel du Conseil du Trésor sur la protection des renseignements*

Where the possibility of an invasion of privacy exists, institutions must either sever the information about the other individual from the record or, where this is not possible, exempt the information.

For practical and administrative purposes, therefore, information about more than one individual should be separated within the personal information bank whenever possible.

This exemption does not cover the name of a source of information about an individual (e.g. the source of an opinion or critique of an individual's work), except in some specific cases. As provided in paragraphs 3(e) and (h) of the definition of personal information, the exemption covers the name of a referee or judge for a grant, award or prize for those institutions named in the Regulations (Schedule I). Except as provided in paragraphs 3(e) and (h) of the Act, the name of the source and the information or opinion about the individual cannot be exempted. Any other personal information about the source, (e.g. address, title, nationality, etc.), must be severed before the record is disclosed. The name of a source and his or her opinions may, of course, be withheld if they qualify for exemption on other grounds. [My emphasis.]

[38] Further, in a July 19, 2001 memorandum to the Director of Human Resources regarding the "Application and interpretation of the *Access to Information Act* and the *Privacy Act* for the TB policy on the Prevention and Resolution of Harassment in the Workplace", the Treasury Board noted:

[C]omplainants, respondents and other involved parties, have the right to know what was said about them and by whom.

That memorandum added:

All persons being interviewed during the course of a harassment investigation must be informed that information they provide concerning another may be provided to that person. Given this, it is important that absolute promises of confidentiality not be made.

[39] In view of the conclusion I have reached, it will not be necessary to rule on other conclusions reached by

personnels, Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services du Canada, 1993, aux pages 33 et 34):

Lorsqu'il y a une possibilité de violation de la vie privée, les institutions fédérales doivent prélever du document les renseignements au sujet de l'autre individu ou, si cela est impossible, invoquer une exception.

À des fins pratiques et administratives et dans la mesure du possible, les renseignements concernant plus d'un individu doivent être séparés du fichier de renseignements personnels.

Cette exception ne vise pas le nom d'une troisième source de renseignements au sujet d'un individu (par exemple, la source d'une opinion ou d'une critique sur le travail d'un individu), sauf celui d'un arbitre ou d'un juge dans le cas d'une subvention, d'une récompense ou d'un prix, conformément aux alinéas 3e) et h), octroyé aux institutions énumérées à l'article 3 du Règlement. Sauf dans les dispositions prévues aux alinéas 3e) et h) de la Loi, le nom de la source et les renseignements ou l'opinion au sujet de l'individu fournis par la source ne peuvent faire l'objet d'une exception en vertu de cette disposition. Cependant, tout autre renseignement personnel au sujet de la source, à l'exception de son nom (par exemple, adresse, titre, nationalité, etc.) doit être prélevé avant la communication du document. Bien entendu, le nom d'un tiers ainsi que ses opinions peuvent être protégés s'ils peuvent faire l'objet d'une exception pour d'autres raisons. [Non souligné dans l'original.]

[38] De plus, dans une note de service du 19 juillet 2001 adressée aux directeurs des ressources humaines au sujet de l'«application et de l'interprétation de la *Loi sur l'accès à l'information* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* aux fins de la politique du CT sur la prévention et le règlement du harcèlement en milieu de travail», le Conseil du Trésor signale ce qui suit:

[L]es plaignants, les mis en cause et les autres parties ont le droit de savoir les propos qui ont été tenus à leur sujet et qui a tenu ces propos.

Le Conseil du Trésor ajoute, dans cette note de service:

Toutes les personnes interviewées pendant l'enquête doivent être informées que les renseignements qu'elles fournissent au sujet d'une autre personne peuvent être fournis à cette dernière. Il est donc important de ne pas promettre de garder ces renseignements confidentiels.

[39] Compte tenu de la conclusion à laquelle j'en arrive, il ne sera pas nécessaire de se prononcer sur les

the Applications Judge. In addition, the cross-appeal filed by the respondent which relates to paragraph 3(j) should be dismissed without costs as no longer having any object.

[40] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the decision of the Applications Judge and issue an order pursuant to section 49 of the *Access to Information Act* directing the Minister of Citizenship and Immigration Canada to disclose to the requester, Mr. Philip Pirie, the records or parts thereof that, according to these reasons for judgment, do not qualify for exemption under subsection 19(1) of the Act.

[41] No costs were sought by the appellant, and none should be awarded.

NOËL J.A.: I agree.

EVANS J.A.: I agree.

autres conclusions tirées par le juge de première instance. De plus, l'appel incident interjeté par l'intimé au sujet de l'alinéa 3j) devrait être rejeté sans frais, au motif qu'il est devenu sans objet.

[40] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler la décision du juge de première instance et d'ordonner au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, en vertu de l'article 49 de la *Loi sur l'accès à l'information*, de donner au requérant, Philip Pirie, communication des documents ou extraits de documents qui, selon les présents motifs du jugement, ne sont pas visés par l'exception prévue au paragraphe 19(1) de la Loi.

[41] Comme l'appelant n'en a pas réclamés, aucuns dépens ne devraient être adjugés.

LE JUGE NOËL, J.C.A.: Je suis du même avis.

LE JUGE EVANS, J.C.A.: Je suis du même avis.

A-120-01
2002 FCA 210

A-120-01
2002 CAF 210

Apotex Inc. (Appellant) (Plaintiff)

Apotex Inc. (appelante) (demanderesse)

v.

c.

Merck & Co., Inc. and Merck Frosst Canada Inc. (Respondents)(Defendants)

Merck & Co., Inc. et Merck Frosst Canada Inc. (intimées) (défenderesses)

INDEXED AS: APOTEX INC. v. MERCK & CO. (C.A.)

RÉPERTORIÉ: APOTEX INC. c. MERCK & CO. (C.A.)

Court of Appeal, Stone, Sharlow and Malone JJ.A.—
Toronto, April 11; Ottawa, May 28, 2002.

Cour d'appel, juges Stone, Sharlow et Malone, J.C.A.—
Toronto, 11 avril; Ottawa, 28 mai 2002.

*Patents — Practice — Res Judicata — Motions Judge granting motion for summary judgment in favour of respondents (Merck) on basis of doctrine of res judicata — Patent issued to Merck covering claims for invention of compounds known as enalapril, enalapril maleate — Apotex twice purchasing bulk enalapril maleate from unnamed foreign customer of compulsory licensee to formulate generic version of substance after licence extinguished — In 1995, F.C.A. holding respondents' patent infringed by appellant's purchase of enalapril maleate — Evidence at trial of initial purchase only — Apotex now seeking declaration "second" purchase not infringing patent — Res judicata embracing two forms of estoppel: cause of action estoppel, issue estoppel, based on similar policies — Finality in litigation paramount policy concern — Issue estoppel applicable as parties, issues, material facts identical in both proceedings — Assuming change in law sufficient to relax application of issue estoppel *Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.*; *Eli Lilly & Co. v. Apotex Inc.* not changing law — No special circumstances justifying relaxation of issue estoppel — Application of issue estoppel not resulting in injustice.*

*Brevets — Pratique — Res judicata — Le juge des requêtes a accueilli une requête en jugement sommaire en faveur des intimées (Merck) en se fondant sur l'autorité de la chose jugée — Le brevet délivré à Merck portait sur des revendications visant l'invention de certains composés désignés sous le nom d'énalapril et de maléate d'énalapril — Apotex a acheté à deux reprises du maléate d'énalapril en vrac d'un client étranger non désigné du titulaire de la licence obligatoire pour effectuer la formulation de la version générique de la substance après l'extinction de la licence — En 1995, la C.A.F. a statué que l'appelante avait contrefait le brevet des intimées en achetant le maléate d'énalapril — La preuve produite au procès visait uniquement l'achat initial — Apotex sollicite maintenant un jugement déclarant que le «deuxième» achat ne contrefaisait pas le brevet — La chose jugée s'applique à deux formes d'irrecevabilité: l'irrecevabilité pour identité des causes d'action et l'irrecevabilité pour identité des questions en litige, qui reposent sur des principes similaires — Le règlement final des litiges est une préoccupation de principe fondamentale — L'irrecevabilité pour identité des questions en litige s'appliquait étant donné que les parties, les questions en litige et les faits substantiels étaient identiques dans les deux instances — Si on tient pour acquis qu'une modification du droit suffit pour assouplir l'application de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige, la décision *Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.*; *Eli Lilly & Co. c. Apotex Inc.* n'a pas modifié le droit — Il n'y a aucune circonstance particulière qui justifierait d'assouplir la règle de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige — L'application de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige n'entraînerait pas une injustice.*

This was an appeal from an order of McKeown J. (the Motions Judge) granting a motion for summary judgment in favour of respondents (Merck) on the basis of the doctrine of *res judicata*. Canadian Letters Patent No. 1275349 (the '349

Il s'agissait d'un appel interjeté contre une ordonnance du juge McKeown (le juge des requêtes) qui avait accueilli une requête en jugement sommaire en faveur des intimées (Merck), en se fondant sur le principe de l'autorité de la chose

patent) was issued to Merck in October 1990, covering claims for the invention of certain compounds known as enalapril and enalapril maleate. A non-party in this matter, Delmar, was granted a compulsory licence in April 1992 under the '349 patent to manufacture, use and sell enalapril maleate, with royalties payable to Merck. Delmar's compulsory licence was "extinguished" upon the coming into force of section 12 of the *Patent Act Amendment Act, 1992* on February 14, 1993. In March 1993, Apotex purchased 44.9 kg of enalapril maleate from an unidentified foreign customer of Delmar and proceeded to formulate its generic version of the substance, Apo-Enalapril, into tablet form for the Canadian market. Apotex's version was similar in size, shape, colour and concentration of enalapril maleate to the corresponding tablets of Vasotec marketed by Merck in Canada. In May and October of 1994, Apotex purchased a further 772.9 kg of bulk enalapril maleate from the same unidentified foreign customer of Delmar. Meanwhile, in 1991, Merck had brought an action against Apotex in the Federal Court, Trial Division, alleging infringement of its exclusive rights under the '349 patent. Although there was evidence at trial of the 1993 purchase, there was no evidence of the two 1994 purchases which occurred after the trial was over. MacKay J. granted judgment in favour of Merck and dismissed Apotex's counterclaim for a declaration that certain claims of the patent were invalid. On Appeal, MacGuigan J.A. held that *Patent Act*, section 56, which confers certain rights on a person who, before the patent application becomes open to inspection by the public, has acquired the invention for which a patent was later claimed, did not protect Apotex from an infringement action for those lots of enalapril maleate acquired after issuance of the '349 patent. He held that Apotex's legal rights relative to the 44.9 kg were extinguished with Delmar's licence. On February 5, 1996, Apotex filed the present action against Merck, seeking a declaration that the manufacture and sale of enalapril tablets from the bulk enalapril purchased in May and October of 1994 did not infringe the '349 patent. The current motions for summary judgment were heard by McKeown J. who ruled that the matter was disposed of by the operation of the doctrine of *res judicata* or issue estoppel, holding that the issues in this action had already been decided in MacGuigan J.A.'s 1995 decision. The Motions Judge concluded that there was no genuine issue to be tried in respect of the claim for declaratory relief by Apotex in its statement of claim and that the latter had no defence to the Merck claim for infringement of the '349 patent.

jugée. Les lettres patentes canadiennes n° 1275349 (le brevet '349), qui ont été délivrées à Merck en octobre 1990, portaient sur des revendications visant l'invention de certains composés désignés sous le nom d'énalapril et de maléate d'énalapril. Delmar, qui n'est pas partie à l'instance, a obtenu une licence obligatoire en avril 1992 visant le brevet '349 en vue de produire, d'utiliser et de vendre le maléate d'énalapril, moyennant le paiement de redevances à Merck. La licence obligatoire de Delmar s'est «éteinte» au moment de l'entrée en vigueur de l'article 12 de la *Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets* le 14 février 1993. En mars 1993, Apotex a acheté 44,9 kg de maléate d'énalapril d'un client étranger non désigné de Delmar et a effectué la formulation de sa version générique de la substance, l'Apo-énalapril, sous forme de comprimés destinés au marché canadien. La version du maléate d'énalapril d'Apotex était semblable, quant à la taille, la forme, la couleur et la concentration, aux comprimés correspondants de Vasotec, commercialisés par Merck au Canada. En mai et octobre 1994, Apotex a acheté un autre lot de maléate d'énalapril en vrac, soit 772,9 kg, du même client étranger non désigné de Delmar. Pendant ce temps, en 1991, Merck a intenté une action contre Apotex devant la Section de première instance de la Cour fédérale, alléguant la violation des droits exclusifs que lui conférait le brevet '349. Même si la preuve produite au procès visait l'achat de 1993, il n'y avait aucune preuve concernant les deux achats effectués en 1994 et conclus après la fin du procès. Le juge MacKay a rendu un jugement favorable à Merck et a rejeté la demande reconventionnelle d'Apotex visant à obtenir un jugement déclarant que certaines revendications du brevet étaient invalides. En appel, le juge MacGuigan a statué que l'article 56 de la *Loi sur les brevets*, qui confère certains droits à une personne qui, avant la délivrance d'un brevet, a acquis une invention pour laquelle un brevet est subséquemment réclamé, ne protégeait pas Apotex contre une action en contrefaçon pour les lots de maléate d'énalapril acquis après la délivrance du brevet '349. Il a conclu que les droits légaux d'Apotex sur les 44,9 kg s'étaient éteints à l'expiration de la licence de Delmar. Le 5 février 1996, Apotex a déposé la présente action contre Merck dans le but d'obtenir un jugement déclarant que la production et la vente des comprimés d'énalapril tirés de l'énalapril en vrac acheté en mai et en octobre 1994 ne contrefaisaient pas le brevet '349. Les requêtes en jugement sommaire ont été entendues par le juge McKeown qui a estimé que l'affaire avait été tranchée par application du principe de l'autorité de la chose jugée ou de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige, statuant que le juge MacGuigan avait déjà tranché les questions en litige dans sa décision de 1995. Le juge des requêtes a conclu qu'il n'y avait pas de véritable question litigieuse à l'égard de la demande de jugement déclaratoire énoncée par Apotex dans sa déclaration et que cette dernière

Held, the appeal should be dismissed.

The doctrine of *res judicata* encompasses two forms of estoppel, “cause of action estoppel” and the “issue estoppel”, both based on similar policies. First, there should be an end to litigation and second, an individual should not be sued twice for the same cause of action. Cause of action estoppel precludes an action where the cause of action was the subject of a final decision of a court of competent jurisdiction. Issue estoppel applies to preclude relitigation of an issue which has been conclusively and finally decided in previous litigation between the same parties or their privies, notwithstanding that the cause of action may be different. It does not apply if a question arose collaterally or incidentally in the earlier proceedings. The determination on which it is sought to found the estoppel must be so fundamental to the substantive decision that the latter cannot stand without the former. The test for issue estoppel is a substantive issue test where the decision affects substantive rights of the parties with respect to a matter bearing on the merits of the cause of action. Finality in litigation is the paramount policy concern. However, special circumstances may restrict the application of the issue estoppel rule, and allow a party to relitigate what would, absent those special circumstances, be estopped. Taking into account the entirety of the circumstances, the Court must consider whether application of issue estoppel in the particular case would work an injustice. Any special circumstances which would give rise to an injustice would make the Court reluctant to apply the estoppel.

The present case is not one where cause of action estoppel applies. There could not be identity of actions between the 44.9 and 772.9 kg i.e. the factual underpinnings were different. The question or issue herein was the same as that finally decided by MacGuigan J.A. in 1995, when he ruled that Apotex’s use of the 44.9 kg was not protected by virtue of Delmar’s now-extinguished licence rights. His decision was final and prescribed the result in the present case. Based on the identity of parties, issues and material facts, the only conclusion was that the same question has been raised in both proceedings. *Prima facie*, issue estoppel applied.

n’avait pas établi de défense à l’encontre de la poursuite de Merck pour contrefaçon du brevet ’349.

Arrêt: l’appel est rejeté.

Le principe de l’autorité de la chose jugée s’applique à deux formes d’irrecevabilité, soit l’irrecevabilité pour identité des causes d’action et l’irrecevabilité pour identité des questions en litige, qui reposent toutes les deux sur des principes similaires. Premièrement, tout litige doit avoir une fin, et, deuxièmement, une personne ne doit pas être poursuivie deux fois pour la même cause d’action. L’irrecevabilité pour identité des causes d’action interdit une action dans le cas où la cause d’action a fait l’objet d’une décision finale par un tribunal compétent. L’irrecevabilité pour identité des questions en litige vise à empêcher un nouveau procès sur une question qui a déjà été tranchée de manière finale et concluante dans un procès antérieur entre les mêmes parties ou leurs ayants droit, sans égard au fait que la cause d’action puisse différer. Elle ne s’applique pas si la question visée a été soulevée de manière annexe ou incidente dans la procédure antérieure. La décision sur laquelle on cherche à baser l’irrecevabilité doit être si fondamentale pour trancher le fond que la seconde décision ne peut être maintenue sans la première. Le critère de l’irrecevabilité pour identité des questions en litige en est un de fond, où la décision touche les droits fondamentaux des parties à l’égard d’un élément reposant sur le fond de la cause d’action. Le règlement final du litige est une préoccupation de principe fondamentale. Toutefois, des circonstances particulières peuvent limiter l’application de la règle de l’irrecevabilité pour identité des questions en litige et autoriser une partie à intenter une nouvelle poursuite au sujet d’une question qui aurait autrement été irrecevable. Eu égard à l’ensemble des circonstances, la Cour doit se demander si, dans l’affaire dont elle est saisie, l’application de l’irrecevabilité pour identité des questions en litige entraînerait une injustice. Devant toute circonstance particulière susceptible de créer une injustice, la Cour serait réticente à appliquer l’irrecevabilité.

L’irrecevabilité pour identité des causes d’action ne s’applique pas à l’espèce. Il ne pouvait pas y avoir identité d’action entre les 44,9 kg et les 772,9 kg, c’est-à-dire que les faits de base de l’appel étaient différents. La question à trancher est la même que celle qui l’a été par le juge MacGuigan, J.C.A., en 1995, lorsqu’il a décidé que l’utilisation des 44,9 kg par Apotex n’était pas protégée par les droits de licence de Delmar maintenant éteints. Sa décision était finale et a commandé le résultat en l’espèce. Étant donné l’identité des parties, des questions et des faits substantiels, la seule conclusion possible était que les deux instances soulevaient la même question. À première vue, l’irrecevabilité pour identité des questions en litige s’appliquait.

Apotex asserted that the application of issue estoppel should be relaxed in this case by virtue of two special circumstances. First, the Supreme Court of Canada has changed the law in *Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.*; *Eli Lilly & Co. v. Apotex Inc.*, and overruled the 1995 decision of MacGuigan J.A. Although neither this Court nor the Supreme Court of Canada has so stated, it was assumed without deciding, that a change in the law is sufficient to justify relaxing the application of issue estoppel. *Eli Lilly* was readily distinguishable because Iacobucci J. did not address how the consequences of the statutory extinguishment of the licence affected the licensee or any unlicensed purchaser. But in any event, *Eli Lilly* did not change the law from that which had been enunciated by the earlier case law relied upon by Iacobucci J. The latter cited the 1995 decision of MacGuigan J.A. with approval, and at no point suggested an error with regard to the 44.9 kg allotment. *Eli Lilly* did not operate to overrule the decision of MacGuigan J.A. and no special circumstances could be said to apply. Second, Apotex asserted that an injustice arose from the fact that it had neither pleaded nor argued section 12 of the Amendment Act in either oral or written argument before the 1995 panel of this Court, a special circumstance that defeated the operation of issue estoppel. Issue estoppel *prima facie* applied with respect to Apotex's section 12 argument since the parties were identical and the issue had been conclusively decided in a judgment of this Court which must be deemed to be final. A decision to relax the rules of issue estoppel will not be made lightly with regard to a final judicial decision, such as that rendered by MacGuigan J.A. herein. The test on an appellate review of a motion judge's discretion is whether he gave sufficient weight to all the relevant circumstances. The Motions Judge did not err in failing to relax the rules of issue estoppel. He gave sufficient weight to all relevant circumstances, and no palpable or overriding error was apparent on the record. Neither the exercise of discretion by the Motions Judge nor his decision worked an injustice between the parties. McKeown J. was in as good a position as a trial judge to interpret the *Eli Lilly* decision and determine whether it raised an issue for trial. It was within his discretion to decide whether the application of issue estoppel would result in an injustice. He held that it did not. McKeown J. correctly canvassed the law of *res judicata*, and properly weighed the evidence before him.

Apotex a allégué que l'application de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige devait être assouplie en l'espèce en raison de deux circonstances particulières. Premièrement, la Cour suprême du Canada a modifié le droit applicable dans l'arrêt *Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.*; *Eli Lilly & Co. c. Apotex Inc.*, et a annulé la décision de 1995 du juge MacGuigan. Ni cette Cour ni la Cour suprême du Canada ne s'est prononcée sur ce point, mais la Cour en l'espèce a présumé, sans trancher, qu'une modification du droit suffit pour justifier d'assouplir l'application de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige. Il était facile de faire une distinction avec l'arrêt *Eli Lilly* puisque le juge Iacobucci n'a pas traité des conséquences de l'extinction de la licence par l'effet de la loi sur le titulaire de la licence ou sur tout acheteur non licencié. De toute façon, l'arrêt *Eli Lilly* n'a pas modifié le droit exposé dans la jurisprudence antérieure sur laquelle s'est appuyé le juge Iacobucci. Ce dernier a cité en l'approuvant l'arrêt de 1995 du juge MacGuigan et n'a nulle part laissé entendre qu'il y avait une erreur au sujet de l'attribution des 44,9 kg. L'arrêt *Eli Lilly* n'a pas renversé l'arrêt du juge MacGuigan et on ne pouvait faire valoir aucune circonstance particulière qui s'appliquerait. Deuxièmement, Apotex a allégué une injustice du fait qu'elle n'avait pas plaidé ni fait valoir l'article 12 de la Loi modifiant la Loi sur les brevets dans ses observations orales et écrites devant la formation de 1995 de la Cour, circonstance particulière qui ferait obstacle à l'irrecevabilité pour identité des questions en litige. L'irrecevabilité pour identité des questions en litige s'appliquait à première vue en l'espèce à l'argument d'Apotex fondé sur l'article 12 puisque les parties sont identiques et que la question a été tranchée de façon concluante par le jugement de la Cour qui doit être réputé final. La décision d'écarter les règles de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige ne doit pas être prise à la légère à l'égard d'une décision judiciaire finale, comme celle qu'a rendue le juge MacGuigan en l'espèce. Dans l'examen en appel du pouvoir discrétionnaire d'un juge des requêtes, le critère est de savoir si ce dernier a accordé suffisamment de poids à l'ensemble des circonstances pertinentes. Le juge des requêtes n'a pas commis d'erreur en refusant d'assouplir les règles de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige. Il a accordé suffisamment d'importance à toutes les circonstances pertinentes et aucune erreur évidente ou manifeste n'apparaît au dossier. Ni l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge des requêtes ni la décision qu'il a rendue n'entraînent une injustice pour les parties. Le juge McKeown était aussi bien placé que le juge président l'instruction pour interpréter l'arrêt *Eli Lilly* et décider s'il soulevait une question pour l'instruction. Il relevait du pouvoir discrétionnaire qui lui était conféré de décider si l'application de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige entraînerait une injustice. Il a conclu par la négative. Le juge

McKeown a correctement recensé le droit de la chose jugée et pondéré de manière appropriée la preuve produite devant lui.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 216.
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 56 (as am. by R.S.C.,
1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 22).
Patent Act Amendment Act, 1992, S.C. 1993, c. 2, s. 12.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Merck & Co. v. Apotex Inc., [1995] 2 F.C. 723; 60 C.P.R. (3d) 356; 180 N.R. 373 (C.A.); *varg* (1994), 59 C.P.R. (3d) 133; 88 F.T.R. 260 (F.C.T.D.); leave to appeal to S.C.C. denied [1995] S.C.C.A. No. 253 (QL); *Angle v. M.N.R.*, [1975] 2 S.C.R. 248; (1974), 47 D.L.R. (3d) 544; 74 DTC 6278; 2 N.R. 397; *Grandview (Town of) v. Doering*, [1976] 2 S.C.R. 621; (1975), 61 D.L.R. (3d) 455; [1976] 1 W.W.R. 388; 7 N.R. 299; *Hoystead v. Commissioners of Taxation*, [1926] A.C. 155 (P.C.); *R. v. Duhamel* (1981), 33 A.R. 271; 131 D.L.R. (3d) 352; [1982] 1 W.W.R. 127; 17 Alta. L.R. (2d) 127; 64 C.C.C. (2d) 538; 25 C.R. (3d) 53 (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; *General Motors of Canada Ltd. v. Naken et al.*, [1983] 1 S.C.R. 72; (1983), 144 D.L.R. (3d) 385; 22 C.P.C. 138; 46 N.R. 139.

DISTINGUISHED:

Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.; *Eli Lilly & Co. v. Apotex Inc.*, [1998] 2 S.C.R. 129; (1998), 161 D.L.R. (4th) 1; 80 C.P.R. (3d) 321.

CONSIDERED:

Merck & Co. v. Apotex Inc. (2000), 5 C.P.R. (4th) 1 (F.C.T.D.); *Apotex Inc. v. Merck & Co.* (1999), 179 F.T.R. 12 (F.C.T.D.); *Minott v. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321; 168 D.L.R. (4th) 270; 40 C.C.E.L. (2d) 1; 117 O.A.C. 1 (C.A.).

REFERRED TO:

Rocois Construction Inc. v. Québec Ready Mix Inc., [1990] 2 S.C.R. 440; (1990), Q.A.C. 241; 112 N.R. 241;

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets, L.C. 1993, ch. 2, art. 12.
Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 56 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 22).
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 216.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Merck & Co. c. Apotex Inc., [1995] 2 C.F. 723; 60 C.P.R. (3d) 356; 180 N.R. 373 (C.A.); *modifiant* (1994), 59 C.P.R. (3d) 133; 88 F.T.R. 260 (C.F. 1^{er} inst.); autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée [1995] S.C.C.A. n° 253 (QL); *Angle c. M.R.N.*, [1975] 2 R.C.S. 248; (1974), 47 D.L.R. (3d) 544; 74 DTC 6278; 2 N.R. 397; *Grandview (Ville de) c. Doering*, [1976] 2 R.C.S. 621; (1975), 61 D.L.R. (3d) 455; [1976] 1 W.W.R. 388; 7 N.R. 299; *Hoystead v. Commissioners of Taxation*, [1926] A.C. 155 (C.P.); *R. v. Duhamel* (1981), 33 A.R. 271; 131 D.L.R. (3d) 352; [1982] 1 W.W.R. 127; 17 Alta. L.R. (2d) 127; 64 C.C.C. (2d) 538; 25 C.R. (3d) 53 (C.A.); *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; *General Motors of Canada Ltd. c. Naken et autres*, [1983] 1 R.C.S. 72; (1983), 144 D.L.R. (3d) 385; 22 C.P.C. 138; 46 N.R. 139.

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.; *Eli Lilly & Co. c. Apotex Inc.*, [1998] 2 R.C.S. 129; (1998), 161 D.L.R. (4th) 1; 80 C.P.R. (3d) 321.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Merck & Co. c. Apotex Inc. (2000), 5 C.P.R. (4th) 1 (C.F. 1^{er} inst.); *Apotex Inc. c. Merck & Co.* (1999), 179 F.T.R. 12 (C.F. 1^{er} inst.); *Minott v. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321; 168 D.L.R. (4th) 270; 40 C.C.E.L. (2d) 1; 117 O.A.C. 1 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc., [1990] 2 R.C.S. 440; (1990), Q.A.C. 241; 112 N.R. 241;

Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2), [1967] 1 A.C. 853 (H.L.); *Fidelitas Shipping Co. Ltd. v. V/O Exportchleb*, [1966] 1 Q.B. 630 (C.A.); *Merck & Co. v. Apotex Inc.* (1999), 5 C.P.R. (4th) 363 (F.C.A.); *R. v. Duhamel*, [1984] 2 S.C.R. 555; (1984), 57 A.R. 204; 14 D.L.R. (4th) 92; [1985] 2 W.W.R. 251; 35 Alta. L.R. (2d) 1; 15 C.C.C. (3d) 491; 43 C.R. (3d) 1; 57 N.R. 162; *Iron v. Saskatchewan (Minister of Environment and Public Safety)*, [1993] 6 W.W.R. 1; 109 Sask. R. 49 (C.A.); *Maynard v. Maynard*, [1951] S.C.R. 346; [1951] 1 D.L.R. 241; *Arnold v. National Westminster Bank Plc.*, [1991] 2 A.C. 93 (H.L.); *Betts v. Willmott* (1871), L.R. 6 Ch. 245; *Badische Anilin und Soda Fabrik v. Isler*, [1906] 1 Ch. 605; *Gillette v. Rae* (1909), 1 O.W.N. 448 (H.C.); *National Phonograph Company of Australia v. Menck*, [1911] A.C. 336 (P.C.); *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394; (1994), 116 D.L.R. (4th) 61; 21 C.R.R. (2d) 236; 24 Imm. L.R. (2d) 117; 167 N.R. 282; 72 O.A.C. 348; *Pawar v. Canada*, [1999] 1 F.C. 158 (T.D.); affd by (1999), 247 N.R. 271 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. denied (2000), 257 N.R. 398; *Warner-Lambert Co. v. Concord Confections Inc.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 516; 201 F.T.R. 270 (F.C.T.D.); *Wetzel v. Canada (Attorney General)*, [2000] F.C.J. No. 155 (T.D.) (QL).

Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2), [1967] 1 A.C. 853 (H.L.); *Fidelitas Shipping Co. Ltd. v. V/O Exportchleb*, [1966] 1 Q.B. 630 (C.A.); *Merck & Co. c. Apotex Inc.* (1999), 5 C.P.R. (4th) 363 (C.A.F.); *R. c. Duhamel*, [1984] 2 R.C.S. 555; (1984), 57 A.R. 204; 14 D.L.R. (4th) 92; [1985] 2 W.W.R. 251; 35 Alta. L.R. (2d) 1; 15 C.C.C. (3d) 491; 43 C.R. (3d) 1; 57 N.R. 162; *Iron v. Saskatchewan (Minister of Environment and Public Safety)*, [1993] 6 W.W.R. 1; 109 Sask. R. 49 (C.A.); *Maynard v. Maynard*, [1951] R.C.S. 346; [1951] 1 D.L.R. 241; *Arnold v. National Westminster Bank Plc.*, [1991] 2 A.C. 93 (H.L.); *Betts v. Willmott* (1871), L.R. 6 Ch. 245; *Badische Anilin und Soda Fabrik v. Isler*, [1906] 1 Ch. 605; *Gillette v. Rae* (1909), 1 O.W.N. 448 (H.C.); *National Phonograph Company of Australia v. Menck*, [1911] A.C. 336 (P.C.); *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394; (1994), 116 D.L.R. (4th) 61; 21 C.R.R. (2d) 236; 24 Imm. L.R. (2d) 117; 167 N.R. 282; 72 O.A.C. 348; *Pawar c. Canada*, [1999] 1 C.F. 158 (1^{re} inst.); conf. par (1999), 247 N.R. 271 (C.A.F.); autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée (2000), 257 N.R. 398; *Warner-Lambert Co. c. Concord Confections Inc.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 516; 201 F.T.R. 270 (C.F. 1^{re} inst.); *Wetzel c. Canada (Procureur général)*, [2000] A.C.F. n° 155 (1^{re} inst.) (QL).

AUTHOR CITED

Lange, Donald. *The Doctrine of Res Judicata In Canada*, Toronto: Butterworths, 2000.

APPEAL from an order of the Motions Judge ((2001), 11 C.P.R. (4th) 38) granting a motion for summary judgment in favour of the respondents and dismissing a cross-motion by the appellant for similar relief, on the ground of *res judicata*. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Harry B. Radomski and *Nando De Luca* for appellant (plaintiff).
G. Alexander Macklin, Q.C., and *Constance Too* for respondents (defendants).

SOLICITORS OF RECORD:

Goodmans LLP, Toronto, for appellant (plaintiff).
Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for respondents (defendants).

DOCTRINE

Lange, Donald. *The Doctrine of Res Judicata In Canada*, Toronto: Butterworths, 2000.

APPEL d'une ordonnance du juge des requêtes ((2001), 11 C.P.R. (4th) 38) accueillant, en vertu du principe de l'autorité de la chose jugée, une requête en jugement sommaire en faveur des intimées et rejetant une requête incidente présentée par l'appelante en vue d'obtenir une réparation similaire. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Harry B. Radomski et *Nando De Luca* pour l'appelante (demanderesse).
G. Alexander Macklin, c.r., et *Constance Too* pour les intimées (défenderesses).

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Goodmans LLP, Toronto, pour l'appelante (demanderesse).
Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, pour les intimées (défenderesses).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MALONE J.A.:

INTRODUCTION

[1] This is an appeal from an order of McKeown J. (the Motions Judge) dated February 2, 2001 [(2001), 11 C.P.R. (4th) 38 (F.C.T.D.)], granting a motion for summary judgment in favour of Merck & Co., Inc. and Merck Frosst Canada Inc. (collectively, Merck) and dismissing a cross-motion brought by Apotex Inc. (Apotex) for similar relief. The Motions Judge based his decision on the doctrine of *res judicata*, holding that the issues in this action had already been decided in a final judgment by this Court dated April 19, 1995, between these same parties and on substantially the same facts (reported as *Merck & Co. v. Apotex Inc.*, [1995] 2 F.C. 723 (C.A.); varying (1994), 59 C.P.R. (3d) 133 (F.C.T.D.); leave to appeal to the S.C.C. denied December 7, 1995 [[1995] S.C.C.A. No. 253 (QL)]). Apotex now challenges the finding of *res judicata* on various grounds.

GROUND OF APPEAL

[2] Apotex's grounds of appeal may be grouped under three broad headings:

(a) McKeown J. erred in so far as he held that *res judicata* applied, since the question to be decided in the present action differs from that decided by MacGuigan J.A. in 1995 in the original action;

(b) Special circumstances in the present action vitiate the application of *res judicata* and allow a Motions Judge to hear the matter anew. Special circumstances arise here (1) by virtue of the Supreme Court of Canada's decision in *Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.*; *Eli Lilly & Co. v. Apotex Inc.*, [1998] 2 S.C.R. 129 (*Eli Lilly*), which Apotex urges has overruled the 1995 decision of MacGuigan J.A., and (2) due to the serious question of statutory interpretation raised by the within proceeding as to the application of section 12 of the

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

LE JUGE MALONE, J.C.A.:

INTRODUCTION

[1] Il s'agit d'un appel interjeté contre une ordonnance du juge McKeown (le juge des requêtes), datée du 2 février 2001 [(2001), 11 C.P.R. (4th) 38 (C.F. 1^{re} inst.)], accueillant une requête en jugement sommaire en faveur de Merck & Co., Inc. et de Merck Frosst Canada Inc. (désignées collectivement Merck) et rejetant une requête incidente présentée par Apotex Inc. (Apotex) pour une réparation similaire. Le juge des requêtes a fondé sa décision sur le principe de l'autorité de la chose jugée et conclu que les questions soulevées dans l'action avaient déjà été tranchées par la Cour dans un jugement définitif en date du 19 avril 1995, concernant les mêmes parties et fondamentalement les mêmes faits (publié comme *Merck & Co. c. Apotex Inc.*, [1995] 2 C.F. 723 (C.A.); modifiant (1994), 59 C.P.R. (3d) 133 (C.F. 1^{re} inst.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 7 décembre 1995 [[1995] S.C.C.A. n^o 253 (QL)]). Apotex conteste maintenant la décision quant à la chose jugée pour divers motifs.

LES MOTIFS D'APPEL

[2] Les motifs d'appel d'Apotex peuvent se regrouper sous trois grandes rubriques:

a) Le juge McKeown a commis une erreur en concluant à l'application de la chose jugée, car les questions à trancher dans la présente action diffèrent de celles qu'a tranchées le juge MacGuigan en 1995 dans l'action initiale.

b) Il existe dans la présente action des circonstances particulières qui font échec à l'application du principe de la chose jugée et permettent au juge des requêtes d'être à nouveau saisi de l'affaire. Ces circonstances particulières résultent 1) de l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.*; *Eli Lilly & Co. c. Apotex Inc.*, [1998] 2 R.C.S. 129 (*Eli Lilly*), qui, fait valoir Apotex, a infirmé la décision de 1995 du juge MacGuigan, et 2) en raison d'une importante question d'interprétation des textes soulevée pendant la

Patent Act Amendment Act, 1992, S.C. 1993 c. 2 (the Amendment Act), which came into force February 14, 1993; and

(c) McKeown J. erred in his application of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106] in granting Merck's motion for summary judgment under rule 216.

THE FACTS

[3] The facts, legislative scheme, and procedural steps underlying this appeal are somewhat complex and must be carefully examined.

[4] The subject-matter of this action is Canadian Letters Patent No. 1275349 (the '349 patent), which was issued to Merck on October 16, 1990, and covers claims for the invention of certain compounds known as enalapril and enalapril maleate. Enalapril maleate is a stable salt of enalapril which, once combined with a pharmaceutically inactive carrier into tablets or liquid dosage form, comprises a prescription drug for the treatment of hypertension and congestive heart failure. The '349 patent includes compound claims, pharmaceutical composition claims, and claims to the use of the compounds as anti-hypertensives.

[5] In 1983, Merck obtained a United States patent for its invention of enalapril, and in 1985 was authorized by U.S. authorities to market enalapril maleate under the trade-name Vasotec. After receiving a notice of compliance in 1987 from Health and Welfare Canada, Merck began marketing Vasotec in Canada, in four tablet strengths and in injectable liquid form.

[6] Apotex first became aware of enalapril maleate in the mid-1980s. Ordinarily, Apotex would have sought a compulsory licence under the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 (the Act), but was unable to do so until enalapril became the subject of a Canadian patent. Apotex was also aware that amendments to the Act were being discussed that could eliminate the compulsory licensing system and extend the rights of patentees. As

procédure au sujet de l'application de l'article 12 de la *Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets*, L.C. 1993, ch. 2 (la LMLB), entrée en vigueur le 14 février 1993.

c) Le juge McKeown a commis une erreur dans l'application des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106] en accueillant la requête en jugement sommaire de Merck en vertu de la règle 216.

LES FAITS

[3] Les faits, les dispositions législatives et les actes de procédure qui sous-tendent le présent appel sont assez complexes et doivent être examinés avec attention.

[4] L'objet de l'appel concerne les lettres patentes canadiennes n° 1275349 (le brevet '349), délivrées à Merck le 16 octobre 1990, et les revendications visant l'invention de certains composés désignés énalapril et maléate d'énalapril. Le maléate d'énalapril est un sel d'énalapril stable qui, combiné à un agent pharmaceutique inactif sous forme de comprimés ou de solution, constitue un médicament prescrit pour le traitement de l'hypertension et de l'insuffisance cardiaque globale. Le brevet '349 comporte des revendications visant les composés, les compositions pharmaceutiques et l'usage des composés comme hypotenseurs.

[5] En 1983, Merck a obtenu un brevet des États-Unis pour son invention de l'énalapril et, en 1985, elle a été autorisée par les autorités américaines à commercialiser le maléate d'énalapril sous le nom commercial de Vasotec. Après avoir reçu en 1987 un avis de conformité de Santé et Bien-être Canada, Merck a commencé à commercialiser le Vasotec au Canada, en comprimés sous quatre concentrations et en solution injectable.

[6] Apotex a appris l'existence du maléate d'énalapril au milieu des années 80. Normalement, elle aurait demandé une licence obligatoire en vertu de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 (la Loi), mais elle n'a pu le faire avant que l'énalapril fasse l'objet d'un brevet canadien. Apotex était également au courant qu'on discutait de modifications à la Loi susceptibles de supprimer le régime des licences obligatoires et

a result, Apotex began to purchase enalapril maleate in bulk form from two related Canadian manufacturers, Delmar Chemicals Inc. and Torcan Chemical Ltd. (collectively Delmar), which is not a party in this matter. Delmar was granted a compulsory licence on April 24, 1992 under the '349 patent to manufacture, use and sell enalapril maleate, with royalties payable to Merck.

[7] Pursuant to its licence, Delmar did manufacture and sell bulk enalapril maleate. By invoice dated January 29, 1993, and identified as No. 100559, Delmar sold a quantity of bulk enalapril totalling 44.9 kilograms (the 44.9 kgs) to an unidentified foreign customer. Delmar's compulsory licence was "extinguished" upon the coming into force of section 12 of the Amendment Act on February 14, 1993. That section reads as follows:

12. (1) Every licence granted under section 39 of the former Act on or after December 20, 1991 shall cease to have effect on the expiration of the day preceding the commencement day, and all rights or privileges acquired or accrued under that licence or under the former Act in relation to that licence shall thereupon be extinguished.

(2) For greater certainty, no action for infringement of a patent lies under the *Patent Act* in respect of any act that is done before the commencement day under a licence referred to in subsection (1) in accordance with the terms of that licence and sections 39 to 39.17 of the former Act.

[8] On March 10, 1993, Apotex purchased the 44.9 kg from the aforesaid unidentified foreign customer and proceeded to formulate its generic version of the substance, Apo-Enalapril, into tablet form for the Canadian market on September 2, 1993. Apotex's version was similar in size, shape, colour and concentration of enalapril maleate to the corresponding tablets of Vasotec. In May and October of 1994, Apotex purchased a further 772.9 kg of bulk enalapril maleate from the same unidentified foreign customer of Delmar.

[9] On September 20, 1991, Merck brought an action against Apotex in the Trial Division before MacKay J. (action T-2408-91, reported as (1994), 59 C.P.R. (3d)

d'étendre les droits des brevetés. Par conséquent, elle a commencé à acheter du maléate d'énalapril en vrac de deux fabricants canadiens liés, Delmar Chemicals Inc. et Torcan Chemical Ltd. (désignés collectivement Delmar), qui ne sont pas parties à l'instance. Delmar a obtenu une licence obligatoire le 24 avril 1992 visant le brevet 349 en vue de produire, utiliser et vendre le maléate d'énalapril, moyennant le paiement de redevances à Merck.

[7] En vertu de sa licence, Delmar a effectivement produit et vendu du maléate d'énalapril. Selon une facture portant la date du 29 janvier 1993 et le n° 100559, Delmar a vendu une quantité d'énalapril en vrac totalisant 44,9 kilogrammes (les 44,9 kilos) à un client étranger non désigné. La licence obligatoire de Delmar s'est «éteinte» à l'entrée en vigueur de l'article 12 de la Loi, le 14 février 1993. L'article 12 prévoit:

12. (1) Toute licence accordée au titre de l'article 39 de la loi antérieure le 20 décembre 1991 ou après cesse d'être valide à l'expiration du jour précédant la date d'entrée en vigueur et les droits et privilèges acquis au titre de cette licence ou de la loi antérieure relativement à cette licence s'éteignent.

(2) Il ne peut être intenté d'action en contrefaçon d'un brevet sous le régime de la *Loi sur les brevets* à l'égard d'un acte accompli, préalablement à la date d'entrée en vigueur, au titre d'une licence visée au paragraphe (1) et conformément aux articles 39 à 39.17 de la loi antérieure ou à cette licence.

[8] Le 10 mars 1993, Apotex a acheté les 44,9 kilos du client étranger non désigné et effectué la formulation de sa version générique de la substance, l'Apo-Enalapril, sous forme de comprimés destinés au marché canadien, le 2 septembre 1993. La version du maléate d'énalapril d'Apotex était semblable aux comprimés correspondants de Vasotec au plan de la taille, de la forme, de la couleur et de la concentration. En mai et octobre 1994, Apotex a acheté un autre lot de maléate d'énalapril en vrac, soit 772,9 kilogrammes, du même client étranger non désigné de Delmar.

[9] Le 20 septembre 1991, Merck a intenté une action contre Apotex auprès de la Section de première instance devant le juge MacKay (dossier T-2408-91, publié à

133), alleging infringement of their exclusive rights under the '349 patent. Apotex sought a declaration by counterclaim that certain claims in the '349 patent were invalid. The evidence at trial included evidence of the March 1993 purchase of the 44.9 kg but, of course, there was no evidence of the two 1994 purchases, which occurred after the trial was over.

[10] Since most of the enalapril maleate in Apotex's possession was manufactured before the issuance of the '349 patent, Apotex relied on section 56 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 22] of the Act so as to enable it to use the purchased product without being liable to Merck. Under section 56, certain rights are provided to a person who, before the patent application becomes open to inspection by the public, has acquired the invention for which a patent is afterwards obtained. Prior to 1987, the relevant date for the purchase, construction or acquisition of the invention was the date "on which the patent was issued." However, on the facts of this case, the change in wording makes no difference; Merck's patent did not become open to inspection by the public until it was issued. Section 56 read as follows:

56. Every person who, before an application for a patent becomes open to the inspection of the public under section 10, has purchased, constructed or acquired the invention for which a patent is afterwards obtained under this Act, has the right to use and sell to others the specific article, machine, manufacture or composition of matter patented and so purchased, constructed or acquired without being liable to the patentee or the legal representatives of the patentee for so doing, but the patent shall not, with respect to other persons, be held invalid by reason of that purchase, construction or acquisition or use of the invention by the person first mentioned, or by those to whom that person has sold it, unless it was purchased, constructed, acquired or used before the date of filing of the application or, in the case of an application to which section 28 applies, before the priority date of the application, and in consequence whereof the invention was disclosed in such a manner that it became available to the public in Canada or elsewhere.

[11] On December 14, 1994 [(1994), 59 C.P.R. (3d) 133 (F.C.T.D.)] MacKay J. granted judgment in favour of Merck, and dismissed Apotex's counterclaim. The relevant portions of MacKay J.'s reasons as they relate to the 44.9 kg read as follows at page 164:

(1994), 59 C.P.R. (3d) 133) alléguant la violation des droits exclusifs que lui conférait le brevet '349. Par demande reconventionnelle, Apotex a demandé un jugement déclarant que certaines revendications du brevet 349 étaient invalides. La preuve produite au procès visait notamment l'achat des 44,9 kilos de mars 1993, mais non les deux achats de 1994, conclus après la fin du procès.

[10] Comme la plus grande partie du maléate d'énalapril en la possession d'Apotex avait été produite avant la délivrance du brevet 349, Apotex s'appuyait sur l'article 56 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 22] de la Loi pour utiliser le produit acheté sans encourir de responsabilité envers Merck. Aux termes de l'article 56, toute personne qui, avant la délivrance du brevet, a acquis l'invention pour laquelle un brevet est subséquemment obtenu, dispose de certains droits. Avant 1987, année pertinente à l'égard de l'achat, l'exécution ou l'acquisition de l'invention correspondait à la date «de délivrance du brevet». Toutefois, s'agissant des faits en l'espèce, la modification de formulation ne change rien: le brevet de Merck n'est pas devenu public avant sa délivrance. L'article 56 prévoyait:

56. Quiconque, avant la date à laquelle une demande de brevet est devenue accessible sous le régime de l'article 10, achète, exécute ou acquiert une invention éventuellement brevetée peut utiliser et vendre l'article, la machine, l'objet manufacture ou la composition de matières brevetés ainsi achetés, exécutés ou acquis avant cette date sans encourir de responsabilité envers le breveté ou ses représentants légaux. Toutefois, à l'égard des tiers, le brevet ne peut être considéré invalide du seul fait de cette opération, à moins qu'elle n'ait eu lieu avant la date du dépôt de la demande de brevet ou, dans le cas d'une demande à laquelle l'article 28 s'applique, avant la date de priorité de la demande de brevet si l'opération a eu pour effet de divulguer l'invention d'une manière telle qu'elle est devenue accessible au public au Canada ou ailleurs.

[11] Le 14 décembre 1994 [(1994), 59 C.P.R. (3d) 133 (C.F. 1^{re} inst.)], le juge MacKay a rendu un jugement favorable à Merck et rejeté la demande reconventionnelle d'Apotex. Les extraits pertinents des motifs du juge MacKay eu égard aux 44,9 kilos se lisent comme suit, à la page 164:

I agree with [Apotex] that s. 12(2) of the *Patent Act Amendment Act, 1992* precludes any claim for infringement in respect of any act done before the licence was terminated if done in accord with the terms of the licence and the former legislation for compulsory licences. Neither of those sources, in my view, created any right in [Apotex] to infringe [Merck's] interests under its patent, which were exclusive interests subject only to the compulsory licence to Delmar.

It seems to me clearly implicit that Delmar could contract, under its licence, for production of the final dosage form. The producer of that product, acting under contract for Delmar and not on its own account, in my opinion, does not infringe [Merck's] patent claims by producing the final dosage form from bulk product it held only on consignment, and at a time when Delmar's licence was in effect under the law as it was until February, 1993.

On the other hand, Apotex has no right, derived from or under the compulsory licence to Delmar, to produce tablets for use as an antihypertensive from the 44.9 kg of bulk enalapril maleate purchased in March, 1993, after the licence to Delmar was terminated by statute. That result is not based on extinguishment of any rights Delmar may have had, under the licence, in accord with the statutory amendment which terminated its licence effective February 14, 1993. Rather, it is based on the lack of any right in the defendant to use the invention after the grant of the patent. It had not acquired this lot of enalapril maleate before the grant of Merck's patent and so has no claim to immunity by reason of s. 56 of the Act.

[12] In essence, MacKay J., after hearing submissions on both section 12 and section 56, chose to base his decision on the lack of any right in the defendant to use the invention after the grant of the patent. As such, section 56 could not be said to apply, since Apotex had acquired the 44.9 kg subsequent to the issuance of the '349 patent. He expressly added the caveat that his conclusion was not based on extinguishment of any rights Delmar may have had under its licence.

[13] Apotex appealed to this Court, which issued reasons for judgment on April 19, 1995 (reported as [1995] 2 F.C. 723 (C.A.); varying (1994), 59 C.P.R. (3d) 133 (F.C.T.D.)). MacGuigan J.A. for this Court reversed MacKay J. in part. He held that section 56 did apply to hold Apotex harmless from an infringement

Je suis d'avis comme [Apotex] que le par. 12(2) de la *Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets* empêche toute allégation de contrefaçon relativement à tout acte fait avant que la licence ait cessé d'être valide, s'il a été fait conformément aux conditions de la licence et conformément aux dispositions de la loi antérieure en matière de licences obligatoires. Ni l'un ni l'autre de ces textes n'a, à mon avis, conféré à [Apotex] de droit de violer les droits de brevet des demanderesse, lesquels étaient des droits exclusifs limités uniquement par la licence obligatoire de Delmar

Il me semble clairement implicite que Delmar pouvait sous-traiter, en application de sa licence, la fabrication du produit sous sa forme posologique définitive. Le fabricant de ce produit, agissant en conformité avec un contrat conclu avec Delmar et non en son propre nom, ne contrefaisait pas, à mon sens, les revendications du brevet des demanderesse en tirant de la matière en vrac détenue en commission le produit sous sa forme posologique définitive et ce, au moment où la licence de Delmar était valide sous le régime de la loi dans sa version antérieure au mois de février 1993.

En revanche, la licence obligatoire de Delmar ne confère pas à Apotex le droit de tirer des 44,9 kilos de maléate d'énalapril en vrac achetés en mars 1993 des comprimés destinés à être utilisés comme hypotenseurs, après que la loi a mis fin à la licence de Delmar. Cette conclusion ne se dégage pas de l'extinction des droits conférés à Delmar par la licence, par suite de la modification apportée à la loi qui a mis fin à sa licence le 14 février 1993, mais du fait que la défenderesse n'a pas le droit d'utiliser l'invention après l'octroi du brevet. Elle n'avait pas acquis ce lot de maléate d'énalapril avant l'octroi du brevet de Merck et ne peut donc pas revendiquer l'immunité prévue à l'art. 56 de la Loi.

[12] Fondamentalement, le juge MacKay, après avoir entendu les observations relatives aux articles 12 et 56, a choisi de fonder sa décision sur l'absence de droit de la défenderesse d'utiliser l'invention après la délivrance du brevet. L'application de l'article 56 ne pouvait être invoquée, car Apotex avait acquis les 44,9 kilos après la délivrance du brevet 349. Le juge a expressément ajouté une mise en garde portant que sa conclusion ne se fondait pas sur l'extinction des droits que la licence aurait pu conférer à Delmar.

[13] Apotex a interjeté appel auprès de la présente Cour, qui a prononcé les motifs de son jugement le 19 avril 1995 (publié à [1995] 2 C.F. 723 (C.A.); modifiant (1994), 59 C.P.R. (3d) 133 (C.F. 1^{re} inst.)). Le juge MacGuigan de la présente Cour a infirmé en partie la décision du juge MacKay. Il a conclu que l'article 56

action for those lots of enalapril maleate that it acquired prior to the issuance of the '349 patent. Any lots acquired after issuance of the '349 patent, however, were held not to be protected by section 56. Apotex had argued that since it had purchased the 44.9 kg from the unidentified foreign customer, which had purchased the same lot from Delmar during the operation of Delmar's compulsory licence, use of the 44.9 kg could not be held to infringe the '349 patent. MacGuigan J.A. disagreed and held that Apotex's legal rights relative to the 44.9 kg were extinguished with Delmar's licence; as such, any use by Apotex following that extinguishment would be subject to potential actions for infringement of Merck's patent. At page 748 he wrote as follows:

Again, I am in agreement with the conclusion of the learned Trial Judge, though I should prefer to rest my conclusion on the extinguishment of Delmar's rights and so of any right in the appellant, rather than on a return to section 56, which I am not at all certain is in play on this point.

[14] Some confusion as to what MacGuigan J.A. actually decided arose from a clerical error in the formal judgment issued by this Court on April 19, 1995. The formal judgment originally read that Apotex had purchased the 44.9 kg directly from Delmar, which was in clear conflict with the facts as described in MacGuigan J.A.'s reasons. As a result, on May 16, 1995, the formal judgment was amended to indicate that Apotex had purchased the 44.9 kg from Delmar's foreign customer. On July 6, 1995, Merck executed the infringement order and seized the infringing lots.

[15] The facts before this Court in 1995 indicate that section 12 was not raised, at least in written argument. Apotex now asserts that section 12 was not argued orally, and Merck does not dispute the point. Accordingly, I will proceed on the basis that section 12 was not argued before this Court. Apotex then sought leave to appeal to the Supreme Court of Canada. In its application for leave to appeal, Apotex argued at paragraph 33 that this Court had erred in its interpretation of section 12 and that it had considered

s'appliquait et dégageait Apotex de toute responsabilité à l'égard d'une action en contrefaçon pour les lots de maléate d'énalapril acquis avant la délivrance du brevet '349. Selon le jugement, tous les lots acquis après la délivrance du brevet '349 ne bénéficiaient toutefois pas de l'immunité conférée par l'article 56. Apotex avait soutenu que, puisqu'elle avait acheté les 44,9 kilos du client étranger non désigné, qui avait lui-même acheté ce lot de Delmar pendant la période de validité de la licence obligatoire de Delmar, l'utilisation des 44,9 kilos ne pouvait être qualifiée de contrefaçon du brevet '349. Le juge MacGuigan n'a pas été de cet avis et il a conclu que les droits légaux d'Apotex sur les 44,9 kilos s'étaient éteints à l'expiration de la licence de Delmar; par conséquent, toute utilisation par Apotex après l'extinction de ses droits pourrait éventuellement faire l'objet d'actions en contrefaçon du brevet de Merck. Le juge a écrit à la page 748:

Encore une fois, je suis d'accord avec le juge de première instance même si je préférerais appuyer ma conclusion sur l'extinction des droits de Delmar et, par conséquent, des droits que pourrait posséder l'appelante, plutôt que sur l'article 56 dont je ne suis pas du tout certain qu'il s'applique sur ce point.

[14] Une erreur d'écriture dans le jugement formel rendu par la Cour le 19 avril 1995 a entraîné de la confusion au sujet de la nature exacte de ce qu'avait effectivement décidé le juge MacGuigan. Initialement, le jugement formel indiquait qu'Apotex avait acheté les 44,9 kilos directement de Delmar, ce qui contredisait totalement les faits exposés dans les motifs du juge MacGuigan. Par conséquent, le jugement formel a été modifié le 16 mai 1995 pour indiquer qu'Apotex avait acheté les 44,9 kilos du client étranger de Delmar. Le 6 juillet 1995, Merck a exécuté l'ordonnance concluant à la contrefaçon et saisi les lots contrefaits.

[15] Les faits présentés à la Cour en 1995 indiquent que l'article 12 n'a pas été soulevé, à tout le moins dans l'argumentation écrite. Apotex affirme maintenant que l'article 12 n'a pas été invoqué oralement, point que Merck ne conteste pas. Par conséquent, je considérerais que l'article 12 n'a pas été plaidé devant la Cour. Apotex a ensuite demandé une autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada. Dans sa demande, elle a fait valoir au paragraphe 33 que la Cour avait commis une erreur d'interprétation de l'article 12 et avait instruit

the matter without written or oral submissions. Leave to appeal to the Supreme Court was denied on December 7, 1995.

[16] By judgment dated March 7, 2000, reported as (2000), 5 C.P.R. (4th) 1 (F.C.T.D.), MacKay J. found the appellant and several of its officers in contempt on the basis that they had knowingly continued to sell Apo-Enalapril in contravention of his injunction prohibiting such actions. These contempt proceedings are presently under appeal.

[17] On February 5, 1996, Apotex filed the present action, T-294-96, seeking relief as against Merck in the form of a declaration that the manufacture and sale of enalapril tablets from the bulk enalapril purchased in May and October of 1994 did not infringe the '349 patent. By amended counterclaim filed on May 27, 1999, Merck sought a declaration that this use did indeed infringe its patent. Apotex's affidavit of documents included invoices for enalapril maleate dated May 26 and October 10, 1994. Apotex's allegations of the '349 patent's invalidity were struck from its statement of claim by an order of Lemieux J. dated November 5, 1999 ((1999), 179 F.T.R. 12 (F.C.T.D.)) on the basis of issue estoppel. In his view, the validity of the patent had conclusively been determined between the parties by MacKay J., and on appeal to this Court in 1995.

[18] During the discovery process in the present action, Merck learned for the first time that Apotex had purchased a further 772.9 kg supply of bulk enalapril maleate in May and October of 1994 from the same undisclosed foreign purchaser (the 772.9 kg). This purchase by Apotex occurred after the trial and prior to MacKay J.'s judgment. Accordingly, as stated above, with respect only to the 44.9 kg, MacKay J.'s decision dealt expressly with the 44.9 kg that Apotex purchased in March of 1993, but not with the 772.9 kg.

[19] The current motions for summary judgment before McKeown J. were heard on October 30, 2000. In

l'affaire sans observations écrites ou orales. L'autorisation de pourvoi à la Cour suprême a été refusée le 7 décembre 1995.

[16] Par jugement en date du 7 mars 2000, publié à (2000), 5 C.P.R. (4th) 1 (C.F. 1^{re} inst.) le juge MacKay a conclu que l'appelante et plusieurs de ses dirigeants s'étaient rendus coupables d'outrage au tribunal pour avoir continué en connaissance de cause à vendre de l'Apo-Enalapril malgré son injonction interdisant ces actes. Cette procédure d'outrage du tribunal est actuellement en appel.

[17] Le 5 février 1996, Apotex a déposé la présente action, dossier n° T-294-96, demandant contre Merck une réparation sous forme de jugement déclarant que la production et la vente des comprimés d'énalapril tirés de l'énalapril en vrac acheté en mai et octobre 1994 ne constituaient pas une contrefaçon du brevet '349. Par demande reconventionnelle modifiée déposée le 27 mai 1999, Merck a demandé un jugement déclarant que cette utilisation contrefaisait son brevet. L'affidavit de documents d'Apotex comportait des factures de maléate d'énalapril datées des 26 mai et 10 octobre 1994. Les allégations d'Apotex visant l'invalidité du brevet '349 ont été radiées de sa déclaration par une ordonnance du juge Lemieux, datée du 5 novembre 1999 ((1999), 179 F.T.R. 12 (C.F. 1^{re} inst.)), sur le fondement de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige (*issue estoppel*). Le juge a estimé que la validité du brevet avait été tranchée de manière définitive entre les parties par le juge MacKay et par l'appel de 1995 formé auprès de la Cour.

[18] Au cours de l'enquête préalable dans la présente action, Merck a appris qu'Apotex avait acheté un autre lot, de 772,9 kilogrammes, de maléate d'énalapril en vrac en mai et en octobre 1994 du même client étranger non désigné (les 772,9 kilos). Cet achat d'Apotex a eu lieu après le procès et avant la décision du juge MacKay. Par conséquent, comme on l'a mentionné plus haut, la décision du juge MacKay visait les 44,9 kilos achetés par Apotex en mars 1993, mais non les 772,9 kilos.

[19] Les requêtes en jugement sommaire déposées auprès du juge McKeown ont été instruites le

the Motions Judge's view, the matter was disposed of by the operation of the doctrine of *res judicata* or issue estoppel, which applies to every point in issue which the parties, exercising reasonable diligence, might have brought forward at the original trial. He relied on *Rocois Construction Inc. v. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 440, where the Supreme Court stated that *res judicata* implies identity of parties, identity of object, and identity of cause.

[20] McKeown J. indicated that the only difference between the 1991 and 1996 actions is that in the former, the 44.9 kg was acquired by Apotex in March of 1993, while the 772.9 kg involved in the latter action was acquired by Apotex in May and October of 1994. In his view [at paragraph 24], "[n]othing turns on this factual difference between the two cases, as in both cases the subject enalapril maleate was acquired after the Delmar compulsory licence was extinguished by statute on February 14, 1993". In essence, the legal facts were the same, while the specifics differed.

[21] Apotex argued that the decision of the Supreme Court of Canada in *Eli Lilly*, *supra*, changed the law to the degree that *res judicata* should not bar its case. Essentially, Apotex argued that the *Eli Lilly* decision altered the law in so far as a purchaser's rights would henceforth exist *in rem*. Accordingly, because the 772.9 kg at issue in this action had been sold to the unnamed foreign customer prior to the extinguishment of Delmar's compulsory licence, such extinguishment therefore had no effect on Apotex's rights to use the enalapril maleate. The Motions Judge did not accept this argument, choosing to distinguish *Eli Lilly*, holding that the decision involved different facts. There, the question arose from the termination of a licence by a patentee rather than the extinguishment of a compulsory licence by statute, as is the case here.

[22] The proper interpretation of section 12 was argued extensively before McKeown J. However, he chose not to render a decision on the substantive content of that section. He noted that the primary task before

30 octobre 2000. Le juge des requêtes a estimé que l'affaire avait été tranchée par l'application du principe de l'autorité de la chose jugée ou de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige, qui s'étend à chacun des points litigieux que les parties, si elles avaient fait preuve de diligence raisonnable, auraient pu soulever au cours du procès initial. Il s'est appuyé sur l'arrêt *Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 440, dans lequel la Cour suprême a statué que la chose jugée exige l'identité des parties, l'identité de l'objet et l'identité de la cause.

[20] Selon le juge McKeown, la seule différence entre les actions de 1991 et de 1996 était que dans la première, les 44,9 kilos avaient été acquis par Apotex en mars 1993, alors que dans la seconde, les 772,9 kilos l'avaient été en mai et octobre 1994. À son avis [au paragraphe 24], «[c]ette différence de fait entre les deux affaires n'est pas pertinente, puisque dans les deux, le maléate d'énalapril en question a été acquis après que la loi ait mis fin à la licence obligatoire de Delmar le 14 février 1993». Les faits juridiques étaient essentiellement similaires, mais les éléments spécifiques différaient.

[21] Apotex a soutenu que la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Eli Lilly*, précité, avait modifié le droit de telle sorte que le principe de la chose jugée ne devrait pas faire obstacle à l'action. Pour l'essentiel, Apotex a fait valoir que l'arrêt *Eli Lilly* a modifié le droit en ce que les droits d'un acheteur existeraient désormais *in rem*. Par conséquent, comme les 772,9 kilos visés dans la présente action avaient été vendus au client étranger non désigné avant l'extinction de la licence obligatoire de Delmar, cette extinction n'affectait aucunement les droits d'Apotex d'utiliser le maléate d'énalapril. Le juge des requêtes n'a pas accepté cet argument et il a conclu que l'espèce se distinguait de l'arrêt *Eli Lilly* et que la décision faisait intervenir des faits différents. Dans l'arrêt *Eli Lilly*, la question provenait de l'annulation d'une licence par le breveté alors qu'en l'espèce, il s'agissait de l'extinction d'une licence obligatoire par l'effet de la loi.

[22] La question de l'interprétation correcte de l'article 12 a été plaidée longuement devant le juge McKeown. Il a toutefois préféré ne pas rendre de décision sur le fond de l'article. Il a fait remarquer que

him was not to retry a case that has already come before the Court. Instead, he defined his task to be the determination of whether or not the case before him was *res judicata* by virtue of the operation of issue estoppel.

[23] The Motions Judge concluded that as a result of the judgments of the Trial Division and Court of Appeal in T-2408-91 and A-724-94, respectively, there was no genuine issue to be tried in respect of the claim for declaratory relief by Apotex in its statement of claim and Apotex had no defence to the Merck claim for infringement of the '349 patent.

ANALYSIS

The Law of Issue Estoppel

[24] The relevant principles behind the doctrine of *res judicata* were established in two leading Supreme Court of Canada decisions: *Angle v. M.N.R.*, [1975] 2 S.C.R. 248 and *Grandview (Town of) v. Doering*, [1976] 2 S.C.R. 621. In *Angle, supra*, at page 254 Dickson J. [as he then was] noted that *res judicata* essentially encompasses two forms of estoppel, being "cause of action estoppel" and "issue estoppel," both based on similar policies. First, there should be an end to litigation, and second, an individual should not be sued twice for the same cause of action.

[25] These two estoppels, while identical in policy, have separate applications. Cause of action estoppel precludes a person from bringing an action against another where the cause of action was the subject of a final decision of a court of competent jurisdiction. Issue estoppel is wider, and applies to separate causes of action. It is said to arise when the same question has been decided, the judicial decision which is said to create the estoppel is final, and the parties to the judicial decision or their privies are the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised (see *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853 (H.L.), at page 93, cited by Dickson J. in *Angle, supra*, at page 254).

son rôle n'était pas d'instruire à nouveau une affaire dont la Cour avait déjà été saisie. Il a plutôt défini son mandat en disant qu'il devait décider si l'affaire qui lui était soumise était chose jugée par l'effet de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige.

[23] Le juge des requêtes a conclu qu'en raison des jugements de la Section de première instance et de la Cour d'appel dans les dossiers n^{os} T-2408-91 et A-724-94, respectivement, il n'y avait pas de véritable question litigieuse à l'égard de la demande de jugement déclaratoire présentée par Apotex dans sa déclaration et qu'Apotex n'avait pas établi de défense à l'encontre de la poursuite de Merck pour contrefaçon du brevet '349.

ANALYSE

Le droit applicable à l'irrecevabilité pour identité des questions en litige

[24] Les principes concernant l'autorité de la chose jugée ont été établis par deux arrêts de principe de la Cour suprême du Canada: *Angle c. M.R.N.*, [1975] 2 R.C.S. 248 et *Grandview (Ville de) c. Doering*, [1976] 2 R.C.S. 621. Dans l'arrêt *Angle*, précité, le juge Dickson [alors juge puîné] a noté, à la page 254, que la chose jugée s'applique fondamentalement à deux formes d'irrecevabilité, soit l'irrecevabilité pour identité des causes d'action et l'irrecevabilité pour identité des questions en litige, qui reposent toutes les deux sur des principes similaires. Premièrement, tout litige doit avoir une fin et deuxièmement, une personne ne doit pas être poursuivie deux fois pour la même cause d'action.

[25] Ces deux formes d'irrecevabilité, identiques au plan des principes, sont différentes dans leur application. L'irrecevabilité pour identité des causes d'action interdit à une personne d'intenter une action contre une autre personne dans le cas où la cause d'action a fait l'objet d'une décision finale d'un tribunal compétent. L'irrecevabilité pour identité des questions en litige est plus large et s'applique à des causes d'action distinctes. Elle est censée intervenir lorsqu'une même question a déjà été tranchée, que la décision judiciaire donnant lieu à l'irrecevabilité est finale et que les parties à la décision judiciaire ou leurs ayants droit sont les mêmes que les parties à l'instance où est soulevée la question de l'irrecevabilité (voir l'arrêt *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner*

[26] Issue estoppel applies to preclude relitigation of an issue which has been conclusively and finally decided in previous litigation between the same parties or their privies (*Angle* and *Doering, supra*). It applies not only to issues decided finally and conclusively, but also to arguments that could have been raised by a party in exercise of reasonable diligence (*Fidelitas Shipping Co. Ltd. v. V/O Exportchleb*, [1966] 1 Q.B. 630 (C.A.); *Merck & Co. v. Apotex Inc.* (1999), 5 C.P.R. (4th) 363 (F.C.A.)). Issue estoppel applies where an issue has been decided in one action between the parties, and renders that decision conclusive in a later action between the same parties, notwithstanding that the cause of action may be different (*Hoystead v. Commissioner of Taxation*, [1926] A.C. 155 (P.C.); *Minott v. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321 (C.A.)). The second cause of action, however, must involve issues of fact or law which were decided as a fundamental step in the logic of the prior decision. Issue estoppel does not arise if the question arose collaterally or incidentally in the earlier proceedings. The test for such an inquiry is whether the determination on which it is sought to found the estoppel is so fundamental to the substantive decision that the latter cannot stand without the former (*Angle, supra*; *R. v. Duhamel* (1981), 33 A.R. 271 (C.A.); affirmed by [1984] 2 S.C.R. 555).

[27] In the words of Moir J.A. in *Duhamel, supra*, adopted by Lamer C.J. on appeal, “[t]his contemplates the premise that the prior decision could not have been obtained without the point in issue being resolved in favour of the party urging the estoppel” (*Duhamel, supra*, at page 278). In essence, this statement is merely an affirmation of the principles articulated by Dickson J. in *Angle, supra*, in 1974. This does not necessarily imply, however, that the issue must have been the main point or *ratio decidendi* of the first decision, but rather

& *Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853 (H.L.), à la page 93, cité par le juge Dickson dans l’arrêt *Angle*, précité, à la page 254).

[26] L’irrecevabilité pour identité des questions en litige vise à empêcher un nouveau procès sur une question déjà tranchée de manière finale et concluante dans un procès antérieur entre les mêmes parties ou leurs ayants droit (arrêts *Angle* et *Doering*, précités). Elle s’applique non seulement aux questions tranchées de manière finale et concluante, mais également aux arguments qui auraient pu être soulevés par une partie faisant preuve de diligence raisonnable (*Fidelitas Shipping Co. Ltd. v. V/O Exportchleb*, [1966] 1 Q.B. 630 (C.A.); *Merck & Co. c. Apotex Inc.* (1999), 5 C.P.R. (4th) 363 (C.A.F.)). L’irrecevabilité pour identité des questions en litige s’applique quand une question a été tranchée dans une action entre les parties et que cette décision est déterminante pour une action ultérieure entre les mêmes parties, sans égard au fait que la cause d’action puisse différer (*Hoystead v. Commissioner of Taxation*, [1926] A.C. 155 (P.C.); *Minott v. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321 (C.A.)). Toutefois, la seconde cause d’action doit mettre en cause des questions de fait ou de droit qui ont été tranchées comme élément fondamental de la logique de la décision antérieure. Il n’y a pas d’irrecevabilité pour identité des questions en litige si la question visée a été soulevée de manière annexe ou incidente dans la procédure antérieure. 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 pour trancher le fond que la seconde décision ne puisse être maintenue sans la première (arrêt *Angle*, précité; *R. v. Duhamel* (1981), 33 A.R. 271 (C.A.); confirmé par [1984] 2 R.C.S. 555).

[27] Pour reprendre les termes du juge Moir dans l’arrêt *Duhamel*, précité, confirmé par le juge en chef Lamer en appel, [TRADUCTION] «[c]ela présuppose que la décision antérieure n’aurait pu être rendue sans que le point en litige ait été tranché en faveur de la partie qui invoque la fin de non-recevoir» (*Duhamel*, précité, à la page 278). Cet énoncé, pour l’essentiel, est simplement la reprise des principes articulés par le juge Dickson dans l’arrêt *Angle* de 1974. Néanmoins, cela n’implique pas nécessairement que la question ait été le

that resolution of the issue is an essential element of the logic or reasoning behind it (*Iron v. Saskatchewan (Minister of Environment and Public Safety)*, [1993] 6 W.W.R. 1 (Sask. C.A.), at page 11). The decision which is said to give rise to the estoppel need not be a decision which determines the entire subject-matter of the litigation. The test for issue estoppel is a substantive issue test where the decision affects substantive rights of the parties with respect to a matter bearing on the merits of the cause of action (see D. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (Toronto: Butterworths, 2000) at page 78).

[28] It is also clear from the Supreme Court of Canada's judgments in *Maynard v. Maynard*, [1951] S.C.R. 346, and *Doering, supra*, that issue estoppel operates to preclude a party from litigating new issues which could have been raised, but were not, at the earlier hearing. The judgment of the Judicial Committee of the Privy Council in *Hoystead v. Commissioner of Taxation, supra*, at page 165 is cited with approval in *Angle, Doering, and Maynard, supra*:

Parties are not permitted to begin fresh litigations because of new views they may entertain of the law of the case, or new versions which they present as to what should be a proper apprehension by the Court of the legal result either of the construction of the documents or the weight of certain circumstances.

If this were permitted litigation would have no end, except when legal ingenuity is exhausted. It is a principle of law that this cannot be permitted, and there is abundant authority reiterating that principle.

It follows that a party will not be permitted to return to Court to litigate that which could have been raised in the earlier litigation before the Court.

[29] Finality in litigation is the paramount policy concern; a party should not be vexed twice for resolution of an issue already decided conclusively. A litigant should have only "one bite at the cherry" (*Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2

point principal ou la substance de la première décision; la question tranchée doit plutôt avoir été un élément essentiel de la logique ou du raisonnement sous-tendant la première décision (*Iron v. Saskatchewan (Minister of Environment and Public Safety)*, [1993] 6 W.W.R. 1 (C.A. Sask.), à la page 11). Il n'est pas nécessaire que la décision dont on prétend qu'elle entraîne l'irrecevabilité soit déterminante pour l'objet entier du procès. Le critère de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige en est un de fond, où la décision touche les droits fondamentaux des parties à l'égard d'un élément reposant sur le fond de la cause d'action (voir D. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (Toronto: Butterworths, 2000) à la page 78).

[28] Il ressort aussi clairement des arrêts de la Cour suprême du Canada dans *Maynard v. Maynard*, [1951] R.C.S. 346, et *Doering*, précité, que l'irrecevabilité pour identité des questions en litige empêche une partie de faire intervenir de nouvelles questions qui auraient pu être soulevées à l'audience initiale, mais ne l'ont pas été. Le jugement du Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *Hoystead v. Commissioner of Taxation*, précité, à la page 165, est cité et approuvé dans les arrêts *Angle, Doering et Maynard*, précités:

[TRADUCTION] Les parties ne sont pas autorisées à engager un nouveau litige à cause des vues nouvelles qu'elles pourraient avoir sur le droit relatif à l'affaire, ou de versions nouvelles qu'elles présentent sur ce qui devrait être, pour la Cour, une bonne façon de comprendre le résultat légal qui découle soit de l'interprétation des documents soit de l'importance de certaines circonstances.

Si cela était autorisé, un litige n'aurait de fin que le jour où l'ingéniosité légale serait épuisée. Il est un principe de droit que cela ne peut être autorisé, et ce principe est réitéré dans une abondante jurisprudence.

Il s'ensuit qu'une partie n'est pas autorisée à saisir à nouveau les tribunaux d'une question qui aurait pu être soulevée dans un procès précédent devant la Cour.

[29] Le règlement final des litiges est une préoccupation de principe fondamentale; une partie ne devrait pas être poursuivie deux fois pour le règlement d'une question qui a déjà été tranchée de manière concluante. Un plaideur n'a droit qu'à «une seule

S.C.R. 460, at paragraphs 18-19; *Hoystead, supra*). However, special circumstances may operate to restrict the application of the issue estoppel rule, and allow a party to relitigate what would, absent those special circumstances, be estopped. Dealing with the matter of special circumstances, Ritchie J. in *Doering, supra*, wrote as follows at pages 638-639:

It will be noted, however, that the Lord Chancellor did not question the rule in *Henderson v. Henderson*; but found that in the case before him there were exceptional circumstances which he described as follows:

I do not think it necessary to express an opinion as to whether the alleged estoppel would have succeeded if the appellants had appeared in and contested the first action. But the judgment in that action limited in form to a single bond was pronounced in default of appearance by the defendants. In my view not all estoppels are “odious”; but the adjective might well be applicable if a defendant, particularly if he is sued for a small sum in a country distant from his own, is held to be estopped not merely in respect of the actual judgment obtained against him, but from defending himself against a claim for a much larger sum on the ground that one of the issues in the first action (issues which he never saw, though they were doubtless filed) had decided as a matter of inference his only defence in the second action.

[30] The jurisprudence is unclear as to what factors will, in principle, constitute special circumstances. Recent jurisprudence from the Supreme Court of Canada, however, has affirmed that a discretion is vested in the Court as to the application of issue estoppel. This discretion is restricted where the estoppel arises from a final decision of a competent Court (*Danyluk, supra*, at paragraph 62; *General Motors of Canada Ltd. v. Naken et al.*, [1983] 1 S.C.R. 72, at pages 100-101). In determining whether justice will be done between the parties, the Court must as a final and most important factor, stand back and, taking into account the entirety of the circumstances, consider

tentative» (*Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460, aux paragraphes 18 et 19; *Hoystead, précité*). Toutefois, des circonstances particulières peuvent limiter l’application de la règle de l’irrecevabilité pour identité des questions en litige et autoriser une partie à intenter une nouvelle poursuite au sujet d’une question qui aurait autrement été irrecevable. S’agissant des circonstances particulières, le juge Ritchie dans l’arrêt *Doering, précité*, a écrit aux pages 638 et 639:

Toutefois, il faut souligner que le lord chancelier n’a pas mis en doute la règle énoncée dans *Henderson v. Henderson*; il a plutôt conclu à l’existence, dans l’affaire dont il était saisi, de circonstances exceptionnelles qu’il a décrites en ces termes:

[TRADUCTION] J’estime inutile d’exprimer une opinion quant à savoir si la fin de non-recevoir alléguée aurait été accueillie si l’appelante avait comparu au cours de la première action et l’avait contestée. Mais le jugement de cette action-là qui, formellement, n’avait trait qu’à une seule obligation, a été rendu alors que la défenderesse avait fait défaut de comparaître. À mon avis, ce ne sont pas toutes les fins de non-recevoir qui sont «odieuses»; mais cet adjectif peut très bien convenir si un défendeur, surtout un défendeur poursuivi pour une petite somme dans un pays étranger, se voit opposer une fin de non-recevoir qui vise non seulement le jugement effectivement obtenu contre lui, mais également toute défense qu’il pourrait invoquer à l’encontre d’une réclamation d’une somme beaucoup plus considérable et ce, pour le motif qu’une des questions litigieuses soulevées dans la première action (questions litigieuses dont il n’a jamais eu vent, bien qu’elles aient sans doute été alléguées) se trouve à avoir implicitement rejeté son seul moyen de défense contre la deuxième action.

[30] La jurisprudence ne précise pas clairement les facteurs constituant, en principe, des circonstances particulières. Mais la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada a confirmé que la Cour possède le pouvoir discrétionnaire d’appliquer l’irrecevabilité pour identité des questions en litige. Ce pouvoir discrétionnaire est limité dans le cas où l’irrecevabilité découle d’une décision finale d’une cour compétente (*Danyluk, précité*, au paragraphe 62; *General Motors of Canada Ltd. c. Naken et autres*, [1983] 1 R.C.S. 72, aux pages 100 et 101). Dans l’appréciation de la justice à établir entre les parties, la Cour doit, à l’égard de ce dernier facteur, qui est aussi le plus important, prendre

whether application of issue estoppel in the particular case would work an injustice (*Danyluk, supra*, at paragraph 80). It follows that any special circumstances which would give rise to an injustice would, at the least, make the Court reluctant to apply the estoppel.

Does issue estoppel apply in the present appeal?

[31] In my analysis, the present case is not one where cause of action estoppel could be said to apply. The factual underpinnings in this case, the use of the 772.9 kg, is not identical to that decided in the 1991 action, which arose from Apotex's use of the 44.9 kg. As such, there cannot be an identity of actions between the 44.9 and 772.9 kg. Accordingly, the question, in my analysis, is whether McKeown J. erred in applying the doctrine of *res judicata* in its issue estoppel form.

[32] The facts of both cases are materially identical and may be summarized as follows: Some time prior to February 14, 1993, Delmar, under the compulsory licence it held, manufactured and sold a quantity of bulk enalapril maleate to an unnamed foreign purchaser. On that date, Delmar's compulsory licence was extinguished by section 12 of the Amendment Act. Some time after the extinguishment of Delmar's compulsory licence, Apotex purchased the quantity of bulk enalapril maleate from the unnamed foreign purchaser. This statement of the facts applies equally to the 44.9 kg as it does to the 772.9 kg.

[33] In my analysis, it follows that the question, or issue, is the same as that finally decided by MacGuigan J.A. in 1995. The question in the 1995 decision was the extent to which Apotex had infringed the '349 patent in its use of enalapril maleate and the same central issue arises in the present case regarding the 772.9 kg. MacGuigan J.A. ruled that Apotex's use of the 44.9 kg was not protected by virtue of Delmar's now-extinguished licence rights, and his decision prescribes the result in the present case. The issue of the extent of

du recul et, eu égard à l'ensemble des circonstances, se demander si, dans l'affaire dont elle est saisie, l'application de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige entraînerait une injustice (*Danyluk, précité*, au paragraphe 80). Par conséquent, devant toute circonstance particulière susceptible de créer une injustice, la Cour serait réticente à appliquer l'irrecevabilité.

L'irrecevabilité pour identité des questions en litige s'applique-t-elle au présent appel?

[31] Selon mon analyse, l'irrecevabilité pour identité des causes d'action ne s'applique pas à l'espèce. Les faits de base de l'appel, soit l'utilisation des 772,9 kilos, ne sont pas identiques à ceux qui ont fait l'objet de l'action de 1991, qui concernaient l'utilisation des 44,9 kilos par Apotex. À cet égard, il n'y a pas identité d'action entre les 44,9 kilos et les 772,9 kilos. Par conséquent, selon l'analyse que j'en fais, la question est de savoir si le juge McKeown a commis une erreur en appliquant le principe de la chose jugée, sous la forme de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige.

[32] Dans les deux affaires, les faits sont essentiellement identiques et se résument comme suit. Quelque temps avant le 14 février 1993, Delmar, en vertu de la licence obligatoire qui lui était conférée, a produit et vendu une quantité de maléate d'énalapril à un client étranger non désigné. Ce jour là, la licence obligatoire de Delmar s'est éteinte par l'effet de l'article 12 de la LMLB. Peu après, Apotex a acheté une quantité de maléate d'énalapril en vrac du client étranger non désigné. Cet énoncé des faits correspond à la fois aux 44,9 kilos et aux 772,9 kilos.

[33] Selon mon analyse, la question à trancher est la même que celle qui l'a été par le juge MacGuigan en 1995. La question visée par la décision de 1995 était d'établir dans quelle mesure Apotex avait contrefait le brevet 349 en utilisant le maléate d'énalapril et c'est la même question fondamentale que soulève le présent appel au sujet des 772,9 kilos. Le juge MacGuigan a décidé que l'utilisation des 44,9 kilos par Apotex n'était pas protégée par les droits de licence de Delmar maintenant éteints, décision déterminante à l'égard de la

infringement arising from Apotex's use of the 44.9 kg was not collateral, but was instead an integral element of the Court's determination of the extent of Apotex's infringement of the '349 patent. The decision was final, and the parties are the same. Based on the identity of issues and material facts, I can only conclude that the same question has been raised in both proceedings. *Prima facie*, issue estoppel applies. McKeown J. committed no error in this regard.

Special Circumstances

[34] Apotex asserts that under special circumstances, the application of issue estoppel is to be relaxed. In its view, this case discloses two such circumstances. First, Apotex argues that the Supreme Court of Canada has changed the law in *Eli Lilly, supra*, and essentially overruled the 1995 decision of MacGuigan J.A.; as such, issue estoppel must be relaxed in order to do justice between the parties. Second, Apotex urges that section 12 of the Amendment Act has never been interpreted judicially, and should be so treated in the present case. As such, Apotex submits that McKeown J. erred in applying the issue estoppel rule, since this circumstance works an injustice on the parties.

Subsequent Change in the Law

[35] With regard to Apotex's first argument, that special circumstances arise from a change in the jurisprudence, I note that neither this Court nor the Supreme Court of Canada has stated that a change in the law is sufficient to justify relaxing the application of issue estoppel. Other courts, however, including the British Columbia, Nova Scotia and Ontario Courts of Appeal, have done so. Most explicit was the Ontario Court of Appeal in *Minott v. O'Shanter Development Co., supra*, where Laskin J.A. wrote as follows at page 340:

présente instance. La question de la portée de la contrefaçon résultant de l'utilisation par Apotex des 44,9 kilos n'était pas accessoire, mais constituait bien un élément intégral de la décision de la Cour quant à la portée de la contrefaçon par Apotex du brevet '349. Cette décision était finale et les parties sont les mêmes. En me fondant sur l'identité des questions et des faits substantiels, je dois conclure que les deux instances soulèvent la même question. À première vue, l'irrecevabilité pour identité des questions en litige s'applique à l'espèce. Le juge McKeown n'a pas commis d'erreur à cet égard.

Les circonstances particulières

[34] Apotex allègue que dans le cas de circonstances particulières, l'application de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige doit être assouplie. À son avis, l'affaire présente deux circonstances particulières. D'abord, Apotex fait valoir que la Cour suprême du Canada a modifié le droit applicable dans l'arrêt *Eli Lilly*, précité, qui annule fondamentalement la décision de 1995 du juge MacGuigan; dans cette perspective, la règle de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige doit être assouplie pour que justice soit rendue entre les parties. Deuxièmement, Apotex soutient que l'article 12 de la LMLB n'a jamais été interprété par les tribunaux et qu'il doit l'être en l'espèce. À cet égard, Apotex prétend que le juge McKeown a commis une erreur en appliquant la règle de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige, qui entraîne une injustice envers les parties.

La modification ultérieure du droit

[35] S'agissant du premier argument d'Apotex, la modification de la jurisprudence créant des circonstances particulières, je note que ni cette Cour ni la Cour suprême du Canada n'ont déclaré qu'une modification du droit suffit pour justifier d'assouplir l'application de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige. Cependant, d'autres tribunaux l'ont fait, notamment les cours d'appel de la Colombie-Britannique, de la Nouvelle-Écosse et de l'Ontario. La décision la plus explicite à ce sujet est celle de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Minott c. O'Shanter Development Co.*, précité, où le juge Laskin a écrit à la page 340:

Issue estoppel is a rule of public policy and, as a rule of public policy, it seeks to balance the public interest in the finality of litigation with the private interest in achieving justice between litigants. Sometimes these two interests will be in conflict, or at least there will be tension between them. Judicial discretion is required to achieve practical justice without undermining the principles on which issue estoppel is founded. Issue estoppel should be applied flexibly where an unyielding application of it would be unfair to a party who is precluded from relitigating an issue.

That the courts have always exercised this discretion is apparent from the authorities. For example, courts have refused to apply issue estoppel in “special circumstances”, which include a change in the law or the availability of further relevant material. If the decision of a court on a point of law in an earlier proceeding is shown to be wrong by a later judicial decision, issue estoppel will not prevent relitigating that issue in subsequent proceedings. It would be unfair to do otherwise.

As support for this proposition, Laskin J.A. relied on the decision of the House of Lords in *Arnold v. National Westminster Bank Plc.*, [1991] 2 A.C. 93, at pages 110-111.

[36] It follows from this decision that where a subsequent, binding decision renders a previous decision clearly wrong, it would be unfair not to allow a party to relitigate the matter. For present purposes, I will assume without deciding that Apotex is correct, and a change in the law could constitute a special circumstance in the context of this case.

[37] Apotex argues that *Eli Lilly* changes the law with respect to the rights inherent in patented material purchased from a licensed vendor. It is said that the Supreme Court of Canada embraced the dissenting reasons of Pratte J.A., and may consequently be interpreted as holding that use rights exist *in rem*, and are not consequently affected by extinguishment of the

[TRANSLATION] L'irrecevabilité pour cause d'identité des questions en litige (*issue estoppel*) est une règle de politique publique qui, à ce titre, vise un équilibre entre l'intérêt public à l'égard du caractère définitif des instances et l'intérêt privé imposant de traiter équitablement les parties. Il arrive parfois que ces deux intérêts soient en conflit ou, à tout le moins, qu'il y ait une tension entre eux. Le pouvoir discrétionnaire est nécessaire pour atteindre la justice dans la pratique sans miner les principes régissant l'irrecevabilité pour cause d'identité des questions en litige. La façon d'appliquer l'irrecevabilité pour cause d'identité des questions en litige devrait être souple si une application stricte est susceptible d'être inéquitable pour la partie qui se voit empêchée de débattre à nouveau d'une question.

La jurisprudence démontre clairement que les tribunaux ont effectivement toujours exercé un tel pouvoir discrétionnaire. Par exemple, les tribunaux ont refusé d'appliquer l'irrecevabilité pour cause d'identité des questions en litige à des «circonstances particulières», lesquelles comprennent notamment une modification de la loi ou l'accessibilité à une documentation supplémentaire pertinente. S'il appert, d'une décision subséquente, que le tribunal dans une instance antérieure a fait une erreur de droit, l'irrecevabilité pour cause d'identité des questions en litige n'empêchera pas que la question soit à nouveau débattue dans une instance subséquente. Il serait inéquitable de procéder autrement.

À l'appui de sa proposition, le juge Laskin a renvoyé à l'arrêt de la Chambre des lords *Arnold c. National Westminster Bank Plc.*, [1991] 2 A.C. 93, aux pages 110 et 111.

[36] Suivant cette décision, dans le cas où une décision ultérieure liant les parties a pour résultat de rendre manifestement erronée une décision antérieure, il serait inéquitable de refuser à une partie le droit d'intenter une nouvelle action. Pour les fins du présent appel, je ferai l'hypothèse, sans trancher, qu'Apotex a raison de prétendre qu'une modification du droit peut constituer une circonstance particulière.

[37] Apotex soutient que l'arrêt *Eli Lilly* modifie le droit à l'égard des droits inhérents à un objet breveté acheté d'un vendeur licencié. Elle prétend que la Cour suprême du Canada s'est ralliée aux motifs dissidents du juge Pratte et qu'on peut de ce fait lui attribuer la conclusion que les droits d'usage existent *in rem* et qu'ils ne sont donc pas touchés par l'extinction de la

compulsory licence under which the goods were sold. In the interests of clarity, I will set out in full the relevant portions of the Supreme Court's decision. At paragraphs 99-101, Iacobucci J. writes as follows:

In the Federal Court of Appeal, Pratte J.A., with whom the majority agreed on this point, disposed of this argument in the following concise and useful passage, at p. 343 with which I agree:

If a patentee makes a patented article, he has, in addition to his monopoly, the ownership of that article. And the ownership of a thing involves, as everybody knows, "the right to possess and use the thing, the right to its produce and accession, and the right to destroy, encumber or alienate it" . . . If the patentee sells the patented article that he made, he transfers the ownership of that article to the purchaser. This means that, henceforth, the patentee no longer has any right with respect to the article which now belongs to the purchaser who, as the new owner, has the exclusive right to possess, use, enjoy, destroy or alienate it. It follows that, by selling the patented article that he made, the patentee impliedly renounces, with respect to that article, to [sic] his exclusive right under the patent of using and selling the invention. After the sale, therefore, the purchaser may do what he likes with the patented article without fear of infringing his vendor's patent.

The same principles obviously apply when a patented article is sold by a licensee who, under his licence, is authorized to sell without restrictions. It follows that, if Apotex were to purchase bulk Nizatidine manufactured or imported by Novopharm under its licence, Apotex could, without infringing Lilly's patents, make capsules from that substance or use it in any other possible way.

Perhaps the principles underlying this well-founded statement of the law merit some brief elaboration at this stage. As I have already noted in connection with the distinction between a sublicense and an ordinary agreement of purchase and sale of a patented or licensed article, the sale of a patented article is presumed to give the purchaser the right "to use or sell or deal with the goods as the purchaser pleases": see *Badische Anilin und Soda Fabrik v. Isler*, *supra*, at p. 610. Unless otherwise stipulated in the licence to sell a patented article, the licensee is thus able to pass to purchasers the right to use or resell the article without fear of infringing the patent. Further, any limitation imposed upon a licensee which is intended to affect the rights of subsequent purchasers must be clearly and unambiguously expressed; restrictive conditions

licence obligatoire visant les marchandises vendues. Par souci de clarté, j'exposerai au complet les extraits pertinents de l'arrêt de la Cour suprême. Le juge Iacobucci écrit aux paragraphes 99 à 101:

Le juge Pratte de la Cour d'appel fédérale, avec l'appui de la majorité sur ce point, a répondu, à la p. 343, à cet argument dans le passage concis et utile ci-après, auquel je souscris:

Si le titulaire d'un brevet fabrique un objet breveté, il a, outre ce monopole, la propriété de cet article. Et la propriété d'une chose implique, comme chacun sait, [TRADUCTION] «le droit de posséder la chose et de l'utiliser, le droit de jouir des produits et des accessoires de la chose, ainsi que le droit de la détruire, de la grever ou de l'aliéner» [. . .] Si le titulaire du brevet vend l'objet breveté qu'il a fabriqué, il cède à l'acheteur le droit de propriété relatif à cet article. Cela signifie qu'à partir de ce moment, le titulaire du brevet ne jouit plus d'un droit quelconque à l'égard de l'objet qui appartient maintenant à l'acheteur, lequel, à titre de nouveau propriétaire, jouit du droit exclusif de posséder cet objet, de l'utiliser, d'en jouir, de le détruire ou de l'aliéner. Il s'ensuit qu'en vendant l'objet breveté qu'il a fabriqué, le titulaire du brevet renonce implicitement, pour ce qui est de cet objet, au droit exclusif qu'il possède d'utiliser et de vendre l'invention en vertu du brevet. Par conséquent, après la vente, l'acheteur peut faire ce qu'il veut de l'objet breveté sans craindre de contrefaire le brevet de son vendeur.

Les mêmes principes s'appliquent manifestement lorsqu'un article breveté est vendu à un titulaire de licence qui, en vertu de cette dernière, est autorisé à vendre sans restriction. Il s'ensuit que si Apotex devait acheter de la nizatidine en vrac fabriquée ou importée par Novopharm en vertu de sa licence, Apotex pourrait, sans contrefaire les brevets de Lilly, fabriquer des gélules à partir de cette substance ou l'utiliser de toute autre manière possible.

Peut-être convient-il d'expliquer brièvement les principes qui sous-tendent cet énoncé légitime du droit. Comme je l'ai déjà fait remarquer au sujet de la distinction entre une sous-licence et un contrat de vente ordinaire d'un article breveté ou autorisé, la vente d'un article breveté est présumée conférer à l'acheteur le droit [TRADUCTION] «d'utiliser, de vendre ou d'aliéner les marchandises à son gré»: voir *Badische Anilin und Soda Fabrik c. Isler*, précité, à la p. 610. Sauf stipulation contraire de la licence autorisant la vente d'un article breveté, le titulaire de cette licence est ainsi en mesure de céder aux acheteurs le droit d'utiliser ou de revendre l'article en cause sans crainte de violer le brevet. En outre, toute restriction imposée au titulaire d'une licence, qui est destinée à toucher les droits des acheteurs subséquents, doit

imposed by a patentee on a purchaser or licensee do not run with the goods unless they are brought to the attention of the purchaser at the time of their acquisition: see *National Phonograph Co. of Australia, Ltd. v. Menck*, [1911] A.C. 336 (P.C.).

Therefore, it is clear that, in the absence of express conditions to the contrary, a purchaser of a licensed article is entitled to deal with the article as he sees fit, so long as such dealings do not infringe the rights conferred by the patent. [Underlining added.]

[38] And further at paragraphs 106-107:

Any doubt as to this conclusion of non-infringement must, in my view, be eliminated by an examination of Novopharm's compulsory licence, which specifically contemplates the sale of the licensed material in bulk form by providing a formula for calculating royalties on product thus sold. As I see it, because there is no other practical use for bulk medicine, this must also be taken to contemplate and implicitly permit the reformulation of the product by the purchaser into final-dosage form. This conclusion is only reinforced, in my view, by the fact that the contemplated royalty rates are based on the amounts received by subsequent purchasers in consideration of the sale of final dosage forms to the retail trade. Had the Commissioner of Patents intended to restrain such use of the medication, he would have provided for this expressly, or, at least, would not have specifically delineated the procedure that is to compensate the patentee for such use.

Therefore, Eli Lilly is incorrect to assert that the reformulation proposed by Apotex would either have to be carried out pursuant to a sublicense granted by Novopharm, which would justify the termination of Novopharm's compulsory licence and, therefore, the sublicense, or would be entirely unauthorized and infringe Eli Lilly's patents. The better view, as I have stated, is that the right to reformulate is premised on the inherent right of an owner of property to deal with that property as he or she sees fit. In the absence of some express term in the compulsory licence, prohibiting purchasers of bulk nizatidine from Novopharm from reformulating it into final-dosage form, the weight of the case law supports the view that Apotex, having validly acquired the bulk medicine, would be free to reformulate it for resale without fear of infringing any right under Eli Lilly's patents. [Underlining added.]

[39] In my analysis, Apotex's argument that the Supreme Court of Canada embraced Pratte J.A.'s

être exprimée clairement et sans équivoque; les conditions restrictives imposées par un breveté à un acheteur ou au titulaire d'une licence ne sont pas rattachées aux marchandises sauf si elles sont portées à l'attention de l'acheteur au moment de l'acquisition de ces dernières: voir *National Phonograph Co. of Australia, Ltd. c. Menck*, [1911] A.C. 336 (C.P.).

Par conséquent, il est clair que, en l'absence de conditions contraires expresses, l'acheteur d'un article autorisé a le droit d'en disposer à son gré pourvu que, ce faisant, il ne viole pas les droits conférés par le brevet. [Non souligné dans l'original.]

[38] Et plus loin aux paragraphes 106 et 107:

Tout doute concernant cette conclusion de non-contrefaçon doit, selon moi, être dissipé par l'examen de la licence obligatoire de Novopharm, qui prévoit explicitement la vente en vrac de la substance autorisée, en établissant une formule de calcul des redevances sur le produit ainsi vendu. Si je comprends bien, étant donné l'absence de tout autre usage pratique pour le médicament en vrac, la licence doit aussi être interprétée comme envisageant et permettant implicitement la préparation par l'acheteur du produit sous forme posologique définitive. Cette conclusion est seulement renforcée, à mon sens, par le fait que les taux de redevance prévus sont fixés en fonction des montants perçus par les acquéreurs subséquents pour la vente aux détaillants des produits sous forme posologique définitive. Si le commissaire aux brevets avait voulu restreindre cette utilisation du médicament, il l'aurait dit expressément ou, du moins, il n'aurait pas énoncé explicitement la méthode de rémunération du breveté pour cette utilisation.

En conséquence, Eli Lilly a tort d'affirmer que la préparation sous une autre forme proposée par Apotex devrait être réalisée conformément à une sous-licence accordée par Novopharm, ce qui justifierait l'annulation de la licence obligatoire de Novopharm et, par conséquent, de la sous-licence, ou encore serait absolument interdit et violerait les brevets qu'elle détient. Il vaut mieux considérer, je le répète, que le droit de préparation sous une autre forme est basé sur le droit inhérent du propriétaire d'un bien d'en disposer à son gré. En l'absence, dans la licence obligatoire, de quelque condition expresse interdisant aux acheteurs de nizatidine en vrac de Novopharm de préparer le médicament sous forme posologique définitive, la jurisprudence penche en faveur du point de vue selon lequel Apotex, après avoir validement acquis le médicament en vrac, serait libre de le préparer sous une autre forme pour le revendre sans crainte de violer quelque droit conféré par les brevets d'Eli Lilly. [Non souligné dans l'original.]

[39] Selon l'analyse que j'en fais, Apotex commet une erreur en soutenant que la Cour suprême du Canada

reasons in their entirety is erroneous. It is true that Iacobucci J. clearly accepted Pratte J.A.'s general statement of the law. However, Iacobucci J.'s reasons disclose only that the sale of licensed material by a licensee to an unlicensed purchaser passes the right to do with the material as the purchaser sees fit without fear of infringement, subject at all times to explicit restrictions in the licence itself. It seems clear from the extracts above that Iacobucci J. tied the rights of the unlicensed purchaser to the licence itself; the unlicensed purchaser, given adequate notice, would be bound by the restrictions imposed by the licence. Further, Iacobucci J. noted the royalty scheme created under the compulsory licence before him bolstered the conclusion that certain rights had passed with the material to the unlicensed purchaser. Nor does Iacobucci J. address how the consequences of the statutory extinguishment of the licence affects the licensee or any unlicensed purchaser. Such an occurrence is simply not contemplated by the facts of that case. On this basis alone, *Eli Lilly* is readily distinguishable. In any event, *Eli Lilly, supra*, did not, in my view, change the law from that which had been enunciated by the earlier case law that was relied upon by Iacobucci J.: *Betts v. Willmott* (1871), L.R. 6 Ch. 245; *Badische Anilin und Soda Fabrik v. Isler*, [1906] 1 Ch. 605, at page 610; *Gillette v. Rae* (1909), 1 O.W.N. 448 (H.C.J.); and *National Phonograph Company Australia v. Menck*, [1911] A.C. 336 (P.C.). It was thus open to the appellant to rely upon the principles of these decisions in arguing the 1995 appeal before this Court, which it did not do.

[40] Nor, in my view, can Iacobucci J. be taken as adopting, in full, Pratte J.A.'s reasons. He adopted, at paragraph 99, the "concise and useful passage" cited above. In fact, in his conclusion, Iacobucci J. wrote that [at paragraph 109]:

I am in agreement with Pratte J.A. and the majority of the Federal Court of Appeal, and conclude that the reformulation of the bulk nizatidine into final-dosage form would not infringe Eli Lilly's patent. Accordingly, I conclude that Eli Lilly has failed in its various efforts to establish that Apotex's NOA was not justified and that a prohibition order should thus be issued. [Underlining added.]

s'est rangée aux motifs du juge Pratte intégralement. Il est vrai que le juge Iacobucci a clairement accepté l'énoncé général du droit fait par le juge Pratte. Mais dans ses motifs, le juge Iacobucci affirme seulement que la vente d'un objet breveté par un titulaire de licence à un acheteur non licencié confère à l'acheteur le droit de disposer de l'objet à son gré sans crainte de contrefaçon, sous réserve en tout temps des restrictions expresses formulées dans la licence. Les extraits cités ci-dessus indiquent sans équivoque que, selon le juge Iacobucci, les droits de l'acheteur non licencié sont rattachés à la licence même; l'acheteur non licencié, dûment avisé au préalable, serait lié par les conditions restrictives imposées par la licence. En outre, le juge Iacobucci a noté que le régime des redevances créé par la licence obligatoire menait à la conclusion que certains droits avaient été cédés avec l'objet à l'acheteur non licencié. Le juge Iacobucci ne traite pas non plus des conséquences de l'extinction de la licence par l'effet de la loi sur le titulaire de la licence ou sur tout acheteur non licencié. La situation n'était tout simplement pas soulevée par les faits de l'espèce. Sur le fondement de ce seul élément, l'arrêt *Eli Lilly* peut être distingué aisément du présent appel. De toute façon, j'estime que l'arrêt *Eli Lilly*, précité, n'a pas modifié le droit exposé dans la jurisprudence antérieure sur laquelle s'est appuyé le juge Iacobucci: *Betts v. Willmott* (1871), L.R. 6 Ch. 245; *Badische Anilin und Soda Fabrik v. Isler*, [1906] 1 Ch. 605, à la page 610; *Gillette v. Rae* (1909), 1 O.W.N. 448 (H.C.J.); et *National Phonograph Company of Australia v. Menck*, [1911] A.C. 336 (P.C.). L'appelante pouvait donc se fonder sur les principes de ces décisions dans son argumentation de l'appel de 1995 auprès de la Cour, mais elle ne l'a pas fait.

[40] En outre, je ne considère pas que le juge Iacobucci a adopté intégralement les motifs du juge Pratte. Au paragraphe 99, il s'est rallié au «passage concis et utile» cité ci-dessus. Le juge Iacobucci a en effet écrit dans sa conclusion [au paragraphe 109]:

[...] je suis d'accord avec le juge Pratte et avec la Cour d'appel fédérale à la majorité, et je conclus que la préparation de la nizatidine en vrac sous forme posologique définitive ne violerait pas le brevet d'Eli Lilly. En conséquence, je statue donc que, malgré ses divers efforts en ce sens, Eli Lilly n'a pas réussi à établir que l'ADA d'Apotex n'était pas fondé et qu'il y avait donc lieu de rendre une ordonnance d'interdiction. [Non souligné dans l'original.]

In my view, this statement demonstrates clearly that Iacobucci J. did not adopt Pratte J.A.'s reasons in so far as they may be interpreted to provide for continuing protection for unlicensed purchasers upon extinguishment of the compulsory licence.

[41] I should also note that Iacobucci J. cited the 1995 decision of MacGuigan J.A. with approval, and at no point suggested an error with regard to the 44.9 kg allotment. In light of this fact, I conclude that *Eli Lilly* does not operate to overrule the 1995 decision of MacGuigan J.A. No special circumstances can be said to apply. As such, there is no need to discuss whether it was within McKeown J.'s discretion to relax the rules of issue estoppel on this basis.

Section 12 of the Amendment Act

[42] Section 12 of the Amendment Act was in force at the time of the 1991 trial. The operation of section 12, in so far as it extinguished Delmar's compulsory licence, was raised at trial by Merck in its statement of claim, but was not dealt with by MacKay J. Section 12 was, in fact, interpreted by MacGuigan J.A. in his decision when he held that all the rights in the 44.9 kg, including those of Apotex, were extinguished with Delmar's licence; an event which occurred on the coming into force of section 12 (see paragraph 12 herein). Apotex now asserts that an injustice has arisen from the fact that it had not pleaded nor argued section 12 in either oral or written argument before the 1995 panel of this Court; a special circumstance that defeats the operation of issue estoppel.

[43] In my analysis, there is no question that issue estoppel should *prima facie* apply with respect to Apotex's section 12 argument in this case. The parties are identical, and the issue has been conclusively decided in a judgment of this Court which must be deemed to be final, given that leave to appeal to the Supreme Court was denied. The only remaining question, then, is whether, given the jurisprudence summarized above, the circumstances of that decision affect the analysis so as to avoid the operation of issue estoppel. In the end, the Court must decide whether

À mon avis, cette affirmation établit clairement que le juge Iacobucci n'a pas adopté les motifs du juge Pratte dans la mesure où ils pourraient être interprétés comme assurant une protection permanente aux acheteurs non licenciés à l'extinction de la licence obligatoire.

[41] Je relève également que le juge Iacobucci a cité l'arrêt de 1995 du juge MacGuigan avec approbation et qu'il n'a nulle part laissé entendre qu'il y avait une erreur au sujet de l'attribution des 44,9 kilos. À la lumière de ce fait, je conclus que l'arrêt *Eli Lilly* ne renverse pas l'arrêt de 1995 du juge MacGuigan. On ne peut donc faire valoir en l'espèce aucune circonstance particulière qui s'appliquerait. Il n'y a donc pas lieu d'examiner si le juge McKeown avait le pouvoir discrétionnaire d'assouplir pour ce motif les règles de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige.

L'article 12 de la LMLB

[42] L'article 12 de la LMLB était en vigueur au moment du procès de 1991. Dans la mesure où il prévoyait l'extinction de la licence obligatoire de Delmar, il a été soulevé dans l'instance par Merck dans sa déclaration, mais n'a pas été examiné au procès par le juge MacKay. En réalité, le juge MacGuigan a interprété l'article 12 dans son arrêt, en concluant que tous les droits visant les 44,9 kilos, y compris ceux d'Apotex, s'étaient éteints avec la licence de Delmar au moment de l'entrée en vigueur de l'article 12 (voir le paragraphe 12). Apotex allègue maintenant une injustice du fait qu'elle n'a pas plaidé ni fait valoir l'article 12 dans ses observations orales et écrites devant la formation de 1995 de la Cour, circonstance particulière qui fait obstacle à l'irrecevabilité pour identité des questions en litige.

[43] Suivant mon analyse, il est évident que l'irrecevabilité pour identité des questions en litige devrait à première vue s'appliquer en l'espèce à l'argument d'Apotex fondé sur l'article 12. Les parties sont identiques et la question a été tranchée de façon concluante par un jugement de la Cour qui doit être réputé final, étant donné que l'autorisation de pourvoi à la Cour suprême a été refusée. Par conséquent, la seule question qui reste est de savoir si, compte tenu de la jurisprudence résumée ci-dessus, les circonstances de cet arrêt touchent l'analyse de manière à empêcher

McKeown J. erred in refusing to exercise his discretion to relax the issue estoppel rules, an inquiry made by standing back and taking into account the entire circumstances of the case.

[44] Apotex urges that the recent Supreme Court of Canada decision in *Danyluk, supra*, sets out new rules under which a motions judge must exercise his or her discretion in the application of issue estoppel. *Danyluk* was decided approximately five months after McKeown J. granted Merck's motion for summary judgment. The *Danyluk* decision deals with the application of issue estoppel arising from the final decision of an administrative tribunal. Binnie J. canvassed the law of issue estoppel, noting, as the Supreme Court has done in *Angle* and *Doering, supra*, that finality in the litigation process is strongly favoured as a matter of policy.

[45] The main thrust of Justice Binnie's reasons is that the application of issue estoppel is discretionary, and should not be applied strictly where doing so would work an injustice on the parties. In his view, issue estoppel should be applied less rigidly where it arises from the decision of an administrative tribunal; in the *Danyluk* case, the administrative tribunal had clearly failed to meet the requirements of procedural fairness. To use Binnie J.'s words at paragraph 1, "[a] judicial doctrine developed to serve the ends of justice should not be applied mechanically to work an injustice." He concluded that the court below had not properly considered any factors relevant to the exercise of discretion, and noted at paragraph 80 that:

As a final and most important factor, the Court should stand back and, taking into account the entirety of the circumstances, consider whether application of issue estoppel in the particular case would work an injustice.

l'application de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige. Bref, la Cour doit décider si le juge McKeown a commis une erreur en refusant d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'assouplir les règles de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige, examen qui impose de prendre un recul et de considérer l'ensemble des circonstances de l'espèce.

[44] Apotex fait valoir que la Cour suprême du Canada dans l'arrêt récent *Danyluk*, précité, établit de nouvelles règles selon lesquelles le juge des requêtes doit exercer son pouvoir discrétionnaire dans l'application de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige. L'arrêt *Danyluk* a été rendu environ cinq mois après que le juge McKeown ait accueilli la requête en jugement sommaire de Merck. Il traite de l'application de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige découlant de la décision finale d'un tribunal administratif. Le juge Binnie y a recensé le droit de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige, en notant, comme la Cour suprême l'avait fait dans les arrêts *Angle* et *Doering*, précités, que le règlement final des litiges est un principe fortement recommandé.

[45] Le nœud des motifs du juge Binnie est que l'application de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige relève du pouvoir discrétionnaire et doit être flexible si elle risque de créer une injustice entre les parties. À son avis, l'irrecevabilité pour identité des questions en litige doit être appliquée avec moins de rigueur quand elle vise la décision d'un tribunal administratif; dans l'arrêt *Danyluk*, le tribunal administratif n'avait manifestement pas respecté les exigences de l'équité procédurale. Pour reprendre les termes du juge Binnie au paragraphe 1, «[u]ne doctrine élaborée par les tribunaux dans l'intérêt de la justice ne devrait pas être appliquée mécaniquement et donner lieu à une injustice». Le juge Binnie a conclu que le tribunal inférieur n'avait tenu compte d'aucun des facteurs pertinents dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et il a noté au paragraphe 80:

Suivant ce dernier facteur, qui est aussi le plus important, notre Cour doit prendre un certain recul et, eu égard à l'ensemble des circonstances, se demander si, dans l'affaire dont elle est saisie, l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée entraînerait une injustice.

[46] However, Binnie J. also distinguished administrative decisions, which would receive a more relaxed application of the issue estoppel rule, from final judicial decisions. At paragraph 62, he agreed with Estey J. in *General Motors of Canada Ltd. v. Naken et al.*, [1983] 1 S.C.R. 72, at page 101, that in the context of court proceedings “such a discretion must be very limited in application”. It follows that the decision to relax the rules of issue estoppel will not be made lightly with regard to a final judicial decision, such as that rendered by MacGuigan J.A. in this case.

[47] The test on an appellate review of a motions judge’s discretion is whether he gave sufficient weight to all the relevant circumstances: *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394, at pages 404-405. In this case, the Motions Judge granted a motion for summary judgment, where the test is whether or not there is a genuine issue for trial (subsection 216(1) of the *Federal Court Rules*, 1998). Following *Danyluk*, *supra*, McKeown J. must be said to have erred if his exercise of discretion fails to do justice between the parties.

[48] McKeown J. recognized that a discretion was vested in him when he wrote at paragraph 27:

I also note that I am not convinced by the Plaintiff’s argument that there are special circumstances inherent to this case which warrant the Court’s exercise of its discretion to circumvent the normal workings of the doctrine of *res judicata*. [Underlining added.]

In my view, the Motions Judge did not err in failing to relax the rules of issue estoppel in this case. Apotex’s actions suggest to me that this is not the clearest of cases which would justify relaxation of the issue estoppel rule. As such, given that all these factors were before McKeown J., I cannot conclude he erred in weighing the factors as he did. He gave sufficient weight to all relevant circumstances, and no palpable or overriding error is apparent on the record. In my analysis, neither

[46] Toutefois, le juge Binnie a aussi distingué les décisions administratives, qui appellent une application moins rigoureuse de l’irrecevabilité pour identité des questions en litige, des décisions judiciaires finales. Au paragraphe 62, il a convenu avec le juge Estey dans l’arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. Naken et autres*, [1983] 1 R.C.S. 72, à la page 101, que dans le contexte des instances judiciaires «ce pouvoir est très limité dans son application». Il s’ensuit que la décision d’écarter les règles de l’irrecevabilité pour identité des questions en litige ne doit pas être prise à la légère à l’égard d’une décision judiciaire finale, comme celle qu’a rendue le juge MacGuigan en l’espèce.

[47] Dans l’examen en appel de l’exercice du pouvoir discrétionnaire d’un juge des requêtes, le critère est de savoir si ce dernier a accordé suffisamment de poids à l’ensemble des circonstances pertinentes: *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394, aux pages 404 et 405. Dans la présente affaire, le juge des requêtes a accueilli une requête en jugement sommaire, en fonction du critère consistant à savoir s’il existe une véritable question litigieuse (paragraphe 216(1) des *Règles de la Cour fédérale* (1998)). Suivant l’arrêt *Danyluk*, précité, le juge McKeown aurait commis une erreur si l’exercice de son pouvoir discrétionnaire avait entraîné une injustice à l’égard des parties.

[48] Le juge McKeown a reconnu le pouvoir discrétionnaire qui lui était conféré en ces termes, au paragraphe 27:

Je signale également ne pas être convaincu par la prétention de la demanderesse voulant que la présente affaire comporte des circonstances particulières intrinsèques qui justifient l’exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour de contourner l’application habituelle du principe de l’autorité de la chose jugée. [Soulignement ajouté.]

À mon avis, le juge des requêtes n’a pas commis d’erreur en refusant d’assouplir les règles de l’irrecevabilité pour identité des questions en litige. J’estime que les actions d’Apotex ne constituent pas un cas des plus clairs qui justifierait d’assouplir la règle de l’irrecevabilité pour identité des questions en litige. Compte tenu de tous les facteurs présentés au juge McKeown, je ne puis conclure qu’il a commis une erreur dans la pondération de ces facteurs. Il a accordé

the exercise of discretion by the Motions Judge nor his decision work an injustice between the parties. As Estey J. wrote in *Naken, supra*, at page 101:

The operation of the defence of *res judicata* has a long history in our courts. . . . It is true that there is a discretion in the courts where the defence of *res judicata* is raised, but such a discretion must be very limited in application. . . . The fact that harsh results follow the application of the doctrine has not deterred its application by the courts. *Vide Cox v. Robert Simpson Co. Ltd.* [1973], 1 O.R. (2d) 333 (Ont. C.A.).

McKeown J.'s Application of Rule 216

[49] Lastly, Apotex argued that McKeown J. erred in his interpretation and application of summary judgment rule 216 of the *Federal Court Rules, 1998*, based principally on authorities dealing with the summary judgment rules of provincial superior courts. It must be noted that the *Federal Court Rules, 1998*, in so far as they provide for summary judgment where there is no genuine issue for trial, are unique. The *Federal Court Rules, 1998* empower a motions judge to make findings of fact or law necessary to dispose of the motion, provided the relevant evidence is available on the record, and does not involve a "serious" question of fact or law which turns on the drawing of inferences. In essence, where a trial would add detail, but not significant additional evidence, it is better for the motions judge to determine the question of law or fact in issue (see *Pawar v. Canada*, [1999] 1 F.C. 158 (T.D.); affirmed by (1999), 247 N.R. 271 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. denied (2000), 257 N.R. 398; *Warner-Lambert Co. v. Concord Confections Inc.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 516 (F.C.T.D.); *Wetzel v. Canada (Attorney General)*, [2000] F.C.J. No. 155 (T.D.) (QL).

[50] Apotex urges that the issues it raises under its special circumstances argument are best left for trial,

suffisamment d'importance à toutes les circonstances pertinentes et aucune erreur évidente ou manifeste n'apparaît au dossier. Selon mon analyse, ni l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge des requêtes ni la décision qu'il a rendue n'entraînent une injustice pour les parties. Comme l'a écrit le juge Estey dans l'arrêt *Naken*, précité, à la page 101:

La portée de l'exception de chose jugée a une longue histoire devant nos tribunaux [. . .]. Les tribunaux ont bien sûr un certain pouvoir discrétionnaire lorsque l'exception de chose jugée est invoquée, mais ce pouvoir discrétionnaire est très limité dans son application [. . .]. La dureté des conséquences qui découlent de cette théorie n'a pas empêché les tribunaux d'en faire application. Voir *Cox v. Robert Simpson Co. Ltd.*, [1973] 1 O.R. (2d) 333 (C.A. Ont.).

L'application de la règle 216 par le juge McKeown

[49] En dernier lieu, Apotex a fait valoir que le juge McKeown avait commis une erreur dans son interprétation et son application de la règle 216 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* portant sur le jugement sommaire. Elle se fonde principalement sur la jurisprudence traitant des règles sur le jugement sommaire des cours supérieures provinciales. On notera que les *Règles de la Cour fédérale (1998)*, dans la mesure où elles prévoient qu'un jugement sommaire peut être rendu en l'absence d'une véritable question litigieuse, sont une exception. Les *Règles de la Cour fédérale (1998)* autorisent le juge des requêtes à dégager les conclusions de fait et de droit nécessaires pour trancher la requête, dans la mesure où la preuve pertinente figure au dossier et où n'intervient pas une question «sérieuse» de fait ou de droit qui dépend d'inférences à tirer. Fondamentalement, lorsque l'instruction apporterait des précisions sans fournir d'éléments de preuve additionnels importants, il est préférable que le juge des requêtes tranche la question de droit ou de fait litigieuse (voir la décision *Pawar c. Canada*, [1999] 1 C.F. 158 (1^{re} inst.); confirmée par (1999), 247 N.R. 271 (C.A.F.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée (2000), 257 N.R. 398; *Warner-Lambert Co. c. Concord Confections Inc.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 516 (C.F. 1^{re} inst.); *Wetzel c. Canada (Procureur général)*, [2000] A.C.F. n° 155 (1^{re} inst.) (QL).

[50] Apotex soutient que la question qu'elle soulève par l'argument des circonstances particulières relève

and not for a motions judge. In my analysis, however, McKeown J. was in as good a position as a trial judge to interpret the *Eli Lilly* decision and determine whether it raised an issue for trial. He concluded, correctly, that no such issue was raised. In the circumstances of this case, a trial would have added detail, but not significant additional evidence. With regard to Apotex's section 12 argument, it was within McKeown J.'s discretion to decide whether the application of issue estoppel would result in an injustice. He held that it did not. In my analysis, McKeown J. correctly canvassed the law of *res judicata*, and properly weighed the evidence before him. He conducted an analysis of the various rules and authorities regarding issue estoppel and undertook a careful review of the similarities between the present case and the 1991 action. He considered Apotex's arguments regarding special circumstances, and ultimately concluded that there was no genuine issue for trial. As it is not for this Court to reweigh the evidence in the absence of a legal or palpable or overriding factual error, his exercise of discretion should remain undisturbed.

[51] I would dismiss the appeal with costs.

STONE J.A.: I agree.

SHARLOW J.A.: I agree.

plus de l'instruction que d'un juge des requêtes. Toutefois, d'après l'analyse que j'en fais, le juge McKeown était aussi bien placé que le juge président l'instruction pour interpréter l'arrêt *Eli Lilly* et décider s'il soulevait une question pour l'instruction. Il a conclu, avec raison, qu'il n'y avait pas de question du genre qui était soulevée. Dans les circonstances de l'espèce, l'instruction aurait fourni des précisions, mais aucune preuve additionnelle d'importance. S'agissant de l'argument d'Apotex fondé sur l'article 12, il relevait du pouvoir discrétionnaire conféré au juge McKeown de décider si l'application de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige entraînerait une injustice. Il a conclu par la négative. D'après mon analyse, le juge McKeown a correctement recensé le droit de la chose jugée et pondéré de manière appropriée la preuve produite devant lui. Il a analysé les règles et la jurisprudence en matière d'irrecevabilité pour identité des questions en litige et s'est livré à un examen attentif des similitudes entre la présente action et celle de 1991. Il a étudié les arguments d'Apotex au sujet des circonstances particulières et conclu au bout du compte qu'il n'y avait pas de véritable question litigieuse. Comme il n'appartient pas à la Cour d'examiner de nouveau la preuve en l'absence d'une erreur factuelle juridique, évidente ou manifeste, il n'y a pas lieu de modifier l'exercice qu'il a fait de son pouvoir discrétionnaire.

[51] Je rejetterais l'appel avec dépens.

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

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

A-77-01
2002 FCA 243

A-77-01
2002 CAF 243

Betty Hodge (*Applicant*)

v.

Minister of Human Resources Development
(*Respondent*)

INDEXED AS: HODGE v. CANADA (MINISTER OF HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT) (C.A.)

Court of Appeal, Linden, Evans and Malone JJ.A.—
Ottawa, May 14 and June 14, 2002.

Pensions — Applicant common-law spouse of contributor under Canada Pension Plan (CPP), later separated from him — Contributor died shortly after separation — Applicant seeking survivor's pension, division of unadjusted pensionable earnings — Pension application denied — CPP, s. 2(1) requiring common-law spouse, but not married spouse, to have resided with contributor at date of latter's death to qualify for survivor's pension — Distinction between common-law, married spouses affecting applicant's dignity — Act, s. 2(1) of no force, effect as violating applicant's Charter, s. 15 right to be free from discrimination on ground of marital status; not justified under Charter, s. 1.

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Whether definition of "spouse" in CPP, s. 2(1) invalidated by Charter, s. 15 for requiring common-law spouse, but not married spouse, to have resided with contributor at date of latter's death — S. 15 to be interpreted in purposive, contextual manner — Formal distinction drawn between applicant, others on basis of personal characteristic, being marital status — Ultimate purpose underlying s. 15 protection of claimant's human dignity — Pension Appeals Board erred in failing to find discrimination for purpose of s. 15 — Statutory definition of "spouse" violating s. 15.

Constitutional Law — Charter of Rights — Limitation Clause — Definition of "spouse" in Canada Pension Plan, s. 2 violating Charter, s. 15 — Once discrimination established, onus on Minister to prove limitation reasonable, demonstrably justified in free, democratic society — Goals of CPP, survivor's pension pressing, substantial — Rational connection between legislation, objective — But Parliament

Betty Hodge (*demanderesse*)

c.

Le ministre du Développement des ressources humaines (*défendeur*)

RÉPERTORIÉ: HODGE c. CANADA (MINISTRE DU DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES) (C.A.)

Cour d'appel, juges Linden, Evans et Malone, J.C.A.—
Ottawa, 14 mai et 14 juin 2002.

Pensions — La demanderesse, qui était conjointe de fait du cotisant au Régime de pensions du Canada (RPC), s'est séparée de lui — Le cotisant est décédé peu de temps après la séparation — La demanderesse a présenté une demande de pension de survivant, ainsi qu'une demande de partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension — La demande de pension a été rejetée — L'art. 2(1) du RPC exige que le conjoint de fait, mais non le conjoint marié, ait vécu avec le cotisant au moment du décès de celui-ci pour avoir droit à la pension de survivant — La distinction entre les conjoints de fait et les conjoints mariés constitue une atteinte à la dignité de la demanderesse — L'art. 2(1) de la Loi est inopérant, en ce qu'il viole le droit de la demanderesse, garanti par l'art. 15 de la Charte, de ne pas faire l'objet de discrimination en raison de son état matrimonial, et n'est pas justifié par l'art. premier de la Charte.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — L'art. 15 de la Charte invalide-t-il la définition de «conjoint» figurant à l'art. 2(1) du RPC qui exige que le conjoint de fait, mais non le conjoint marié, ait vécu avec le cotisant au moment du décès de celui-ci — L'art. 15 doit être interprété selon son objet et son contexte — Une distinction formelle a été établie entre la demanderesse et d'autres personnes en raison d'une caractéristique personnelle, son état matrimonial — L'objectif ultime qui sous-tend l'art. 15 est de protéger la dignité humaine de la demanderesse — La Commission d'appel des pensions a commis une erreur en ne concluant pas qu'il y a eu discrimination au sens de l'art. 15 — La définition légale de «conjoint» contrevient à l'art. 15.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — La définition de «conjoint» à l'art. 2(1) du Régime des pensions du Canada contrevient à l'art. 15 de la Charte — Une fois, la discrimination établie, il incombe au ministre de prouver qu'il s'agit d'une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans une société libre et démocratique — Les objectifs du RPC, et de la pension de

not reasonable in choosing residence requirement as line of demarcation for eligibility for survivor's pension — Minister not demonstrating applicant's equality right impaired in reasonable manner, failing to discharge onus under minimal impairment inquiry — Effect of discrimination not proportional to objectives — Definition of "spouse" under CPP not justified under Charter, s. 1.

This was an application for judicial review of a decision of the Pension Appeals Board that the residence requirement in the definition of "spouse" in subsection 2(1) of the *Canada Pension Plan* (CPP) did not violate the applicant's rights under section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and was a reasonable attempt by Parliament to accommodate common-law spouses without permitting multiple claims. In 1991, the applicant was found to be disabled for the purposes of the CPP and received disability benefits. From 1972, she had lived in a common-law relationship with Ronald B. Bickell (the contributor) until their separation in March of 1993. The contributor died on July 1, 1994, four months after the applicant had left. The latter immediately applied for, but was denied, a survivor's pension and was granted a division of unadjusted pensionable earnings. She appealed the denial of the survivor's pension to a CPP Review Tribunal which declared the offending parts of subparagraph 2(1)(a)(ii) to be of no force or effect and allowed the appeal. The respondent then appealed the Tribunal's decision to the Pension Appeals Board which unanimously allowed the appeal. The applicant sought an order under subsection 24(1) of the Charter declaring that the residence requirement in the definition of "spouse" violates section 15 of the Charter. The sole issue herein was whether the definition of "spouse" in subsection 2(1) is invalidated by section 15 of the Charter because it requires a common-law spouse, but not a married spouse, to have resided with the contributor at the date of the latter's death.

Held, the application should be allowed.

The case at bar must be resolved with reference to the constitutional objective of enhancing human dignity. A common-law spouse is defined in subsection 2(1) of the CPP as a person of the opposite sex who cohabited with the contributor in a conjugal relationship for at least one year, ending at the contributor's death. A common-law spouse, but not a spouse by marriage, must have lived with the contributor at the time of the latter's death in order to qualify for a survivor's pension. A number of steps must be taken to

survivant, sont urgents et réels — Il existe un lien rationnel entre la loi et son objectif — Mais le législateur n'a pas agi de manière raisonnable en choisissant l'exigence de cohabitation comme ligne de démarcation aux fins de l'admissibilité à la pension de survivant — Le ministre n'a pas démontré qu'il a été porté atteinte de façon raisonnable au droit à l'égalité de la demanderesse et il ne s'est pas déchargé de son fardeau à l'étape de l'analyse de l'atteinte minimale — L'effet de la discrimination n'était pas proportionnel aux objectifs — La définition de «conjoint» du RPC n'est pas justifiée par l'art. premier de la Charte.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission d'appel des pensions jugeant que l'exigence de cohabitation dans la définition de «conjoint» au paragraphe 2(1) du *Régime de pensions du Canada* (RPC) ne portait pas atteinte aux droits de la demanderesse fondés sur l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'elle traduisait, de la part du législateur, une tentative raisonnable d'accommoder les conjoints de fait sans ouvrir la voie à de multiples réclamations. En 1991, la demanderesse a été déclarée invalide pour les fins du RPC et elle a reçu une pension d'invalidité. Elle vivait, depuis 1972, en union de fait avec Ronald B. Bickell (le cotisant), mais le couple s'est séparé en mars 1993. Le cotisant est décédé le 1^{er} juillet 1994, quatre mois après que la demanderesse l'eut quitté. Celle-ci a immédiatement soumis une demande de pension de survivant, qui a été rejetée, ainsi qu'une demande de partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension, qui a été accueillie. Elle a interjeté appel auprès du tribunal de révision du RPC, qui a déclaré inopérants les extraits inconstitutionnels du sous-alinéa a)(ii) de la définition de «conjoint» et a fait droit à l'appel. Le défendeur a alors fait appel de la décision du tribunal à la Commission d'appel des pensions, qui a accueilli l'appel à l'unanimité. La demanderesse a cherché à obtenir, sur le fondement du paragraphe 24(1) de la Charte, une ordonnance déclarant que l'exigence de cohabitation contenue dans la définition de «conjoint» contrevient à l'article 15 de la Charte. La seule question était de savoir si l'article 15 de la Charte rend invalide la définition de «conjoint» prévue au paragraphe 2(1), qui exige que le conjoint de fait, mais non le conjoint marié, ait vécu avec le cotisant au moment du décès de celui-ci.

Arrêt: la demande est accueillie.

On doit trancher la présente affaire à la lumière de l'objectif constitutionnel de promotion de la dignité humaine. Un conjoint de fait, au sens du paragraphe 2(1) du RPC, s'entend d'une personne du sexe opposé qui a vécu avec le cotisant dans une situation assimilable à une union conjugale pendant une période d'au moins un an jusqu'au décès du cotisant. Pour être admissible à une pension de survivant, un conjoint de fait, mais non un conjoint marié, doit avoir vécu avec le cotisant au moment du décès de celui-ci. Il y a

determine whether the definition of “spouse” offends the equality provision contained in section 15 of the Charter. The main focus of such an inquiry is to establish whether a conflict exists between the purpose or effect of an impugned law and the purpose of section 15. The first element of the inquiry raises the question of whether the impugned law draws a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics. In assessing the propriety of interfering with the claimant’s characterization of the comparator group, the Court must consider a variety of factors, including the subject-matter and the purpose and effect of the legislation. Given the disparity in eligibility arising from the applicant’s marital status at the date of the contributor’s death, the respondent was wrong in asserting that formerly married spouses, as a class, constituted the appropriate comparator group within which to include the applicant. A formal distinction is drawn between the applicant and others on the basis of a personal characteristic, namely that she is a common-law spouse who had ceased to cohabit with the contributor at the time of his death. The Minister conceded that if the applicant’s choice of comparator group was correct, then a formal distinction was in fact drawn by the impugned statutory provisions. The second element of the inquiry, which relates to enumerated or analogous grounds, was readily established, since the Supreme Court of Canada has stated clearly that marital status is an analogous ground for the purpose of a section 15 analysis. Should this Court determine that there was differential treatment on the basis of a personal characteristic, such characteristic is marital status. The final stage of the section 15 analysis, concerning discrimination, reflects the ultimate purpose underlying that section, namely the protection of the claimant’s human dignity. The question was whether the requirement in the CPP’s survivor’s pension provision that common-law spouses, but not separated married spouses, must have resided with the contributor for a year preceding the time of death, marginalizes, ignores or devalues the applicant’s human dignity in purpose or effect, or otherwise perpetuates the view that such persons are less worthy of value or recognition as human beings. But for the residence requirement set out in the definition of “spouse”, the applicant would be entitled to the protection afforded by the survivor’s pension. The Pension Appeals Board erred in failing to find discrimination for the purpose of section 15. The distinction drawn went to an intrinsic personal element. The statutory definition of “spouse” violates section 15 because it distinguishes between common-law spouses and married spouses who do not cohabit with the contributor at the time of the latter’s death, and because persons in the applicant’s position are treated in a manner which constitutes an affront to their human dignity, self-worth, and ability to make important life decisions.

certaines étapes à suivre pour déterminer si la définition de «conjoint» constitue une violation du droit à l’égalité garanti par l’article 15 de la Charte. Une telle analyse vise principalement à déterminer s’il existe un conflit entre l’objet ou l’effet de la disposition législative contestée et l’objet de l’article 15. Le premier élément de l’analyse consiste à savoir si la loi contestée établit une distinction formelle entre la demanderesse et d’autres personnes en raison d’une ou de plusieurs caractéristiques personnelles. Pour évaluer le bien-fondé de son intervention au regard de la qualification du groupe de comparaison telle que soumise par la demanderesse, la Cour doit prendre en compte toute une gamme de facteurs, y compris l’objet et l’effet des dispositions législatives. Compte tenu des différences dans les conditions d’admissibilité fondées sur l’état matrimonial de la demanderesse à la date du décès du cotisant, le défendeur avait tort de dire que la catégorie des anciens conjoints mariés constitue le groupe de comparaison approprié auquel appartient la demanderesse. Il existe entre la demanderesse et les autres personnes une distinction formelle fondée sur une caractéristique personnelle, à savoir qu’elle est une conjointe de fait ayant cessé de vivre avec le cotisant au moment du décès de celui-ci. Le ministre a concédé que si le choix du groupe de comparaison soumis par la demanderesse s’avérait judicieux, une distinction formelle serait alors établie dans les faits par les dispositions législatives contestées. On peut établir sans difficulté le second élément de l’analyse, qui porte sur les motifs énumérés ou analogues, puisque la Cour suprême du Canada a clairement indiqué que l’état matrimonial constituait un motif analogue pour les fins de l’analyse fondée sur l’article 15. Si cette Cour devait constater l’existence d’une différence de traitement fondée sur une caractéristique personnelle, cette caractéristique serait l’état matrimonial. L’étape finale de l’analyse fondée sur l’article 15, qui porte sur la discrimination, reflète l’objet ultime qui sous-tend cet article, soit la protection de la dignité humaine de la demanderesse. Il s’agit de savoir si l’exigence prévue dans la disposition relative à la pension de survivant du RPC, selon laquelle les conjoints de fait—mais non les conjoints mariés qui se sont séparés—doivent avoir vécu avec le cotisant pendant un an avant le décès de celui-ci, marginalise, met de côté ou dévalorise la dignité humaine de la demanderesse dans son objet ou dans son effet, ou si elle perpétue par ailleurs l’opinion que ces personnes sont moins dignes d’être reconnues ou valorisées en tant qu’êtres humains. N’eût été l’exigence de cohabitation prévue dans la définition de «conjoint», la demanderesse aurait eu droit à la protection que représente la pension de survivant. La Commission d’appel des pensions a commis une erreur en ne concluant pas qu’il y a eu discrimination au sens de l’article 15. La distinction établie touche à un élément intrinsèquement personnel. La définition légale de «conjoint» contrevient à l’article 15 en ce qu’elle établit une distinction entre les

Once a discrimination is established, the onus shifts to the party supporting the impugned law, in this case the Minister, to prove that the limitation is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. The first element to establish under section 1 of the Charter is whether the objective of the legislation relates to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society. The goals of the CPP as a whole, and of the survivor's pension in particular, are pressing and substantial. The overall objective of the CPP is to preserve the dignity and self-realization of persons who would not otherwise be able to do so. In drafting the definition of "spouse", Parliament had the task of defining the parameters of a common-law spouse's rights, so as to prevent multiple claims and to set out the priorities by which claims would be judged. This, in itself, is a pressing and substantial objective sufficient for present purposes. The second part of the section 1 test consists of determining whether the limits chosen are proportional to the benefits the legislation is intended to confer. The limitation defining the parameters of eligibility for the survivor's pension is designed to meet both the objective of the survivor benefit itself, and the overall objective of the CPP. In essence, the exclusion of common-law spouses who cease to cohabit with the contributor is rationally connected to the objective of the legislation, that is, the provision of financial security for surviving spouses, because it defines the point at which a spousal relationship ends. There is a rational connection between the legislation and its objective. However, it remained to be determined if the limitation chosen by Parliament is unreasonable or impairs more than minimally the applicant's equality interest. In choosing the residence requirement as a line of demarcation for eligibility for the survivor's pension, Parliament need not have been perfect, but must have been reasonable. Some deference was due to Parliament's choice since it involved the balancing of competing interests and the allocation of scarce resources. However, if Parliament was unreasonable in its choice of the residency requirement for common-law spouses, or if other, more reasonable alternatives were available, the limitation may be said to impair the applicant's right in more than a minimal way. Cohabitation at the date of death is an insufficiently accurate surrogate for determining financial dependence. There were other means by which Parliament could have achieved its goal, such as instituting a grace period following the cessation of cohabitation in which eligibility would continue. Such an alternative would recognize the

conjoints de fait et les conjoints mariés qui ne vivent pas avec le cotisant au moment du décès de celui-ci, et qu'elle réserve aux personnes se trouvant dans la même situation que la demanderesse un traitement qui constitue un affront à leur dignité humaine, à leur estime de soi et à leur capacité de prendre des décisions importantes dans leur vie.

Dès lors que la preuve de la discrimination est établie, il incombe alors à la partie qui souscrit à la loi contestée, en l'occurrence le ministre, d'établir qu'il s'agit d'une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans une société libre et démocratique. Le premier élément à établir sous le régime de l'article premier de la Charte consiste à savoir si l'objectif de la loi se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique. Les objectifs poursuivis de façon globale par le RPC, et de façon particulière par la pension de survivant, sont urgents et réels. L'objectif global du RPC est de protéger le droit à la dignité et à l'épanouissement personnel de ceux qui autrement ne seraient pas en mesure de le faire. Lorsqu'il a défini le terme «conjoint», le législateur se devait de fixer les paramètres des droits dont le conjoint de fait est titulaire de manière à éviter les réclamations multiples et à établir les priorités suivant lesquelles les réclamations seraient examinées. Cela en soi constitue un objectif suffisamment urgent et réel aux fins de la présente analyse. Le deuxième volet du critère à établir sous le régime de l'article premier consiste à déterminer si les limites choisies sont proportionnelles aux effets bénéfiques que la loi visait à conférer. La limite établissant les paramètres de l'admissibilité à une pension de survivant a été pensée en vue de l'atteinte de l'objectif propre à la prestation de survivant comme de l'objectif général du RPC. Il existe essentiellement un lien rationnel entre l'exclusion des conjoints de fait ayant cessé de vivre avec le cotisant et l'objectif de la loi, à savoir l'octroi d'une sécurité financière au profit des conjoints survivants, car cette exclusion détermine à quel moment la relation conjugale prend fin. Il existe un lien rationnel entre la loi et son objectif. Il reste cependant à décider si la limite choisie par le législateur est déraisonnable ou porte une atteinte plus que minimale au droit à l'égalité de la demanderesse. Le législateur n'a pas à se mesurer à une norme de perfection, mais il doit avoir agi de manière raisonnable en choisissant l'exigence de cohabitation, comme ligne de démarcation aux fins de l'admissibilité à la pension de survivant. Il convenait de faire preuve d'une certaine réserve à l'égard du choix du législateur, car son choix mettait en équilibre des intérêts opposés et une allocation de ressources limitées. Toutefois, si le législateur avait exercé de manière déraisonnable son choix d'imposer l'exigence de cohabitation aux conjoints de fait, ou s'il était possible de recourir à d'autres moyens plus raisonnables, on pourrait alors dire que la limite porte une atteinte plus que minimale au droit de la demanderesse. La cohabitation à la

ongoing nature of the dependencies and obligations inherent in conjugal relationships, and would meet the primary objective of the survivor's pension. Parliament could also have chosen to treat common-law spouses in the same way as married spouses who remained legally married at the contributor's death. These options would impair the applicant's right to equality less than the residency requirement presently contained in subsection 2(1). The Minister did not demonstrate that the applicant's equality right were impaired in a reasonable manner and failed to discharge the onus under the minimal impairment inquiry. Where, as here, separated common-law spouses are excluded from the benefit, the effect of the discrimination is not proportional to the objectives. As the Minister failed to justify the section 15 infringement, the applicant was entitled to a remedy.

It was therefore declared that the definition of "spouse" in CPP, subsection 2(1) is of no force and effect to the extent that it infringes the section 15 rights of common-law spouses who have ceased cohabitation with the contributor at the time of the latter's death. It is appropriate to suspend, for a period of 12 months, the operation of the declaration that subparagraph (a)(ii) of the definition of "spouse" in CPP, subsection 2(1) is of no force or effect so that, in consultation with the provinces, Parliament may decide how best to remedy the constitutional defect in the definition of "spouse".

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, 15, 24(1).

Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, ss. 2(1) "spouse" (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 1), 44 (as am. *idem*, s. 13), 55.1 (as enacted *idem*, s. 30; S.C. 2000, c. 12, s. 47).

Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.

Old Age Security Act, R.S.C., 1985, c. O-9, s. 19.

Pension Benefits Act, S.N.B. 1990, c. P-5.1, s. 1(1).

date du décès n'est pas un substitut suffisamment précis pour déterminer la dépendance financière. Le législateur aurait pu avoir recours à d'autres moyens pour atteindre son objectif, en prévoyant un délai de grâce suivant la date à laquelle cesse la cohabitation, au cours duquel l'admissibilité du conjoint serait maintenue. Ce moyen reconnaîtrait le caractère permanent des états de dépendance et des obligations propres aux relations conjugales et satisferait à l'objectif premier de la pension de survivant. Le législateur aurait également pu choisir de traiter les conjoints de fait de la même manière que les conjoints mariés qui conservent ce statut au décès du cotisant. Ces options porteraient moins atteinte au droit à l'égalité de la demanderesse que l'exigence de cohabitation que prévoit actuellement le paragraphe 2(1). Le ministre ne s'est pas déchargé du fardeau qui lui incombait à l'étape de l'analyse de l'atteinte minimale, n'ayant pu démontrer qu'il a été porté atteinte de façon raisonnable au droit à l'égalité de la demanderesse. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, des conjoints de fait séparés se voient refuser des prestations, l'effet de la discrimination n'est pas proportionnel aux objectifs. Comme le ministre n'a pu justifier l'atteinte à l'article 15, la demanderesse avait droit à une réparation.

Par conséquent, la définition de «conjoint» au paragraphe 2(1) du RPC a été jugée inopérante, dans la mesure où elle est attentatoire aux droits fondés sur l'article 15 des conjoints de fait qui ont cessé de vivre avec le cotisant au moment du décès de celui-ci. Il y a lieu de suspendre, pendant une période de 12 mois, l'effet de la déclaration d'inopérabilité de la définition de «conjoint» du sous-alinéa a)(ii) du paragraphe 2(1) du RPC afin que le législateur puisse, en consultation avec les provinces, décider du meilleur moyen de remédier au vice constitutionnel entachant la définition de «conjoint».

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C., (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15, 24(1).

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. 52.

Loi sur la sécurité de la vieillesse, L.R.C. (1985), ch. O-9, art. 19.

Loi sur les prestations de pension, L.N.-B. 1990, ch. P-5.1, art. 1(1).

Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 2(1) «conjoint» (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 1, art. 45, ann. III, n° 4), 44 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 13), 55.1 (édicte, *idem*, art. 23; L.C. 2000, ch. 12, art. 47).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1999] 1 S.C.R. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 236 N.R. 1; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703; (2000), 186 D.L.R. (4th) 1; 50 C.C.E.L. (2d) 177; 253 N.R. 329; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950; (2000), 188 D.L.R. (4th) 193; [2000] 4 C.N.L.R. 145; 255 N.R. 1; 134 O.A.C. 201; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; (1995), 23 O.R. (3d) 160; 124 D.L.R. (4th) 693; 29 C.R.R. (2d) 189; [1995] I.L.R. 1-3185; 10 M.V.R. (2d) 151; 181 N.R. 253; 81 O.A.C. 253; 13 R.F.L. (4th) 1; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120; (2000), 193 D.L.R. (4th) 193; [2001] 2 W.W.R. 1; 83 B.C.L.R. (3d) 1; 28 Admin. L.R. (3d) 1; 145 B.C.A.C. 1; 150 C.C.C. (3d) 1; 38 C.R. (5th) 209; 263 N.R. 203; *Collins v. Canada*, [2002] 3 F.C. 320; (2002), 285 N.R. 359 (C.A.); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *Falkiner v. Ontario (Ministry of Community and Social Services, Income Maintenance Branch)*, [2002] O.J. No. 1771 (C.A.) (QL).

CONSIDERED:

Vriend v. Alberta, [1998] 1 S.C.R. 493; (1998), 212 A.R. 237; 156 D.L.R. (4th) 385; [1999] 5 W.W.R. 451; 67 Alta. L.R. (3d) 1; 224 N.R. 1; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*; *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3; (1998), 212 A.R. 161; 155 D.L.R. (4th) 1; 16 Nfld. & P.E.I.R. 124; 126 Man.R. (2d) 96; 50 Admin. L.R. (2d) 273; 121 C.C.C. (3d) 474; 15 C.P.C. (4th) 306; 223 N.R. 21.

REFERRED TO:

Egan v. Canada, [1995] 2 S.C.R. 513; (1995), 124 D.L.R. (4th) 609; C.E.B. & P.G.R. 8216; 95 CLLC 210-025; 29 C.R.R. (2d) 79; 182 N.R. 161; 12 R.F.L. (4th) 201; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *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; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; (1990), 76 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 17,004; 2 C.R.R.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 R.C.S. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 236 N.R. 1; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703; (2000), 186 D.L.R. (4th) 1; 50 C.C.E.L. (2d) 177; 253 N.R. 329; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950; (2000), 188 D.L.R. (4th) 193; [2000] 4 C.N.L.R. 145; 255 N.R. 1; 134 O.A.C. 201; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; (1995), 23 O.R. (3d) 160; 124 D.L.R. (4th) 693; 29 C.R.R. (2d) 189; [1995] I.L.R. 1-3185; 10 M.V.R. (2d) 151; 181 N.R. 253; 81 O.A.C. 253; 13 R.F.L. (4th) 1; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120; (2000), 193 D.L.R. (4th) 193; [2001] 2 W.W.R. 1; 83 B.C.L.R. (3d) 1; 28 Admin. L.R. (3d) 1; 145 B.C.A.C. 1; 150 C.C.C. (3d) 1; 38 C.R. (5th) 209; 263 N.R. 203; *Collins c. Canada*, [2002] 3 C.F. 320; (2002), 285 N.R. 359 (C.A.); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *Falkiner v. Ontario (Ministry of Community and Social Services, Income Maintenance Branch)*, [2002] O.J. n° 1771 (C.A.) (QL).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Vriend c. Alberta, [1998] 1 R.C.S. 493; (1998), 212 A.R. 237; 156 D.L.R. (4th) 385; [1999] 5 W.W.R. 451; 67 Alta. L.R. (3d) 1; 224 N.R. 1; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*; *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3; (1998), 212 A.R. 161; 155 D.L.R. (4th) 1; 16 Nfld. & P.E.I.R. 124; 126 Man.R. (2d) 96; 50 Admin. L.R. (2d) 273; 121 C.C.C. (3d) 474; 15 C.P.C. (4th) 306; 223 N.R. 21.

DÉCISIONS CITÉES:

Egan c. Canada, [1995] 2 R.C.S. 513; (1995), 124 D.L.R. (4th) 609; C.E.B. & P.G.R. 8216; 95 CLLC 210-025; 29 C.R.R. (2d) 79; 182 N.R. 161; 12 R.F.L. (4th) 201; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *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; modification [1998] 1 R.C.S. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; (1990), 76 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 17,004; 2 C.R.R.

(2d) 1; 118 N.R. 1; 45 O.A.C. 1; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.)*, [1997] 3 S.C.R. 3; (1997), 204 A.R. 1; 156 Nfld. & P.E.I.R. 1; 150 D.L.R. (4th) 577; [1997] 10 W.W.R. 417; 121 Man. R. (2d) 1; 49 Admin. L.R. (2d) 1; 118 C.C.C. (3d) 193; 11 C.P.C. (4th) 1; 217 N.R. 1.

(2d) 1; 118 N.R. 1; 45 O.A.C. 1; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, [1997] 3 R.C.S. 3; (1997), 204 A.R. 1; 156 Nfld. & P.E.I.R. 1; 150 D.L.R. (4th) 577; [1997] 10 W.W.R. 417; 121 Man. R. (2d) 1; 49 Admin. L.R. (2d) 1; 118 C.C.C. (3d) 193; 11 C.P.C. (4th) 1; 217 N.R. 1.

AUTHORS CITED

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed., Toronto: Carswell, 1992.
Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*, loose-leaf ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Pension Appeals Board that the residence requirement in the definition of “spouse” in subsection 2(1) of the *Canada Pension Plan* did not violate the applicant’s rights under section 15 of the Charter. Application allowed.

APPEARANCES:

Chantal Tie and *Ian M. Aitken* for applicant.
Isabelle Chartier for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

South Ottawa Community Legal Services, Ottawa, and *Brant County Community Legal Clinic*, Brantford (Ontario) for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MALONE J.A.:

INTRODUCTION

[1] To be eligible for a survivor’s pension under section 44 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 13] of the *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8 (the CPP), a person must have been the spouse of the contributor at the time of the latter’s death. The sole issue in this application is whether the definition of “spouse” in subsection 2(1) [as am. *idem*, s. 1] is invalidated by section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution*

DOCTRINE

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose leaf ed., Toronto: Carswell, 1992.
Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*, loose leaf ed., Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994.

DEMANDE de contrôle judiciaire d’une décision de la Commission d’appel des pensions selon laquelle l’exigence de cohabitation prévue à la définition de «conjoint» au paragraphe 2(1) du *Régime de pensions du Canada* ne portait pas atteinte aux droits de la demanderesse fondés sur l’article 15 de la Charte. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

Chantal Tie et *Ian M. Aitken* pour la demanderesse.
Isabelle Chartier pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

South Ottawa Community Legal Services, Ottawa, et *Brant County Community Legal Clinic*, Brantford (Ontario) pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

LE JUGE MALONE, J.C.A.:

INTRODUCTION

[1] Pour être admissible à une pension de survivant en application de l’article 44 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 13] du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8 (le RPC), une personne doit avoir eu la qualité de conjoint du cotisant au moment du décès de celui-ci. La présente demande ne soulève que la question de savoir si l’article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B,

Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter) because it requires a common-law spouse, but not a married spouse, to have resided with the contributor at the date of the contributor's death.

FACTS

[2] In 1991, Betty Hodge was found to be disabled for the purposes of the CPP, and was granted disability benefits. From 1972, she had lived in a common-law relationship with Ronald B. Bickell (the contributor), but in March of 1993 the couple separated. The separation followed years of verbal and physical abuse that Ms. Hodge said she had suffered at the hands of the contributor. A brief reconciliation in January and February of 1994 failed, and it is agreed that when Ms. Hodge left, she intended to end the relationship. Ms. Hodge did not seek support or a division of assets from the contributor, who was then without means, having filed an assignment in bankruptcy.

[3] The contributor died on July 1, 1994, some four months after Ms. Hodge left. The applicant immediately applied for both a survivor's pension and a division of unadjusted pensionable earnings. The pension application was denied, while the application for the division of unadjusted pension earnings was granted. As a result of this division, the applicant's disability and CPP retirement pensions were increased.

[4] The applicant appealed the denial of the survivor's pension to a CPP Review Tribunal (the Tribunal). It held that the definition of "spouse" in subsection 2(1) breached the equality provisions in section 15 of the Charter because it excluded the applicant on the basis that she did not reside with her common-law husband for the 12 months immediately prior to his death. Consequently, the Tribunal declared the offending parts of paragraph a)(ii) of the definition of "spouse" in subsection 2(1) to be of no force or effect and allowed the appeal. In addition, since Ms. Hodge was only refused a survivor's pension because she was

Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte) rend invalide la définition de «conjoint» prévue au paragraphe 2(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4e suppl.), ch. 1, art. 45, ann. III, n° 4], qui exige que le conjoint de fait, mais non le conjoint marié, ait vécu avec le cotisant au moment du décès de celui-ci.

LES FAITS

[2] En 1991, Betty Hodge a été déclarée invalide pour les fins du RPC et a reçu des prestations d'invalidité. Depuis 1972, elle a vécu en union de fait avec Ronald B. Bickell (le cotisant), mais le couple s'est séparé en mars 1993. La séparation est survenue au terme d'années marquées par la violence verbale et physique que M^{me} Hodge dit avoir vécues sous l'emprise du cotisant. Une brève tentative de réconciliation en janvier et en février 1994 s'est avérée vaine, et il est convenu que M^{me} Hodge entendait mettre fin à la relation lorsqu'elle a quitté le cotisant. M^{me} Hodge n'a pas cherché à obtenir de soutien financier ni le partage des biens du cotisant qui, ayant fait une déclaration de faillite, était alors dépourvu de ressources.

[3] Le cotisant est décédé le 1^{er} juillet 1994, près de quatre mois après que M^{me} Hodge l'eut quitté. La demanderesse a immédiatement soumis une demande de pension de survivant ainsi qu'une demande de partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension. La demande relative à la pension a été rejetée, alors que la demande relative au partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension a été accueillie. Par suite de ce partage, la demanderesse a vu ses pensions d'invalidité et de retraite au titre du RPC être augmentées.

[4] La demanderesse a interjeté appel auprès du tribunal de révision du RPC (le tribunal) de la décision par laquelle on lui a refusé la pension de survivant. Le tribunal a statué que la définition de «conjoint» contenue au paragraphe 2(1) allait à l'encontre des dispositions de l'article 15 de la Charte garantissant le droit à l'égalité, parce que cette définition avait pour effet d'exclure la demanderesse au motif qu'elle ne vivait pas avec son conjoint de fait pendant les 12 mois précédant le décès de celui-ci. En conséquence, le tribunal a déclaré inopérants les extraits inconstitutionnels du sous-alinéa a)(ii) de la définition de

not cohabiting with the contributor when he died, the Tribunal held that she was entitled to the pension.

[5] The Minister then appealed the Tribunal's decision to the Pension Appeals Board (the Board), which unanimously allowed the appeal on the ground that the statutory residence requirement did not violate Ms. Hodge's rights under section 15 of the Charter. Writing for the majority, Killeen J. concluded that the residence requirement was a reasonable attempt by Parliament to accommodate common-law spouses without permitting multiple claims. Accordingly, the statutory scheme could not be said to demean the human dignity of Ms. Hodge and others in a similar situation, nor to cast doubt on their individual worth.

[6] Concurring in the result, Cameron J.A. held that Ms. Hodge's common-law relationship had ended by the time that the contributor died, so that, as a former spouse she was not treated differently from former spouses whose marriage is ended by divorce. Hence, the residence requirement did not differentiate between Ms. Hodge and other former spouses so as to result in unequal treatment.

[7] The applicant now seeks an order under subsection 24(1) of the Charter declaring that the residence requirement in the definition of "spouse" violates section 15 of the Charter, as well as an order setting aside the Board's decision and affirming the decision of the Tribunal.

LEGISLATION

[8] The overall purpose of the CPP, and the survivor's pension in particular, has been defined in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at paragraph 103, as the enhancement of personal dignity and freedom by

«conjoint» au paragraphe 2(1) et a fait droit à l'appel. En outre, puisque M^{me} Hodge s'est vu refuser une pension de survivant pour le seul motif qu'elle ne cohabitait pas avec le cotisant au moment du décès de celui-ci, le tribunal a statué qu'elle avait le droit de toucher sa pension.

[5] Le ministre a par la suite appelé de la décision du tribunal auprès de la Commission d'appel des pensions (la Commission), qui a accueilli l'appel à l'unanimité, jugeant que l'exigence de cohabitation prévue par la loi ne portait pas atteinte aux droits de M^{me} Hodge fondés sur l'article 15 de la Charte. S'exprimant au nom de la majorité, le juge Killeen a conclu que l'exigence de cohabitation traduisait, de la part du législateur, une tentative raisonnable d'accommoder les conjoints de fait sans toutefois ouvrir la voie à de multiples réclamations. Par conséquent, on ne pouvait soutenir que le régime législatif sapait la dignité humaine de M^{me} Hodge et d'autres personnes dans sa situation, ni qu'il les dévalorisait en tant que personnes.

[6] Souscrivant au résultat, le juge d'appel Cameron s'est dit d'avis que l'union de fait de M^{me} Hodge avait déjà pris fin au moment du décès du cotisant, de sorte qu'en tant qu'ancienne conjointe, elle n'était pas traitée différemment des anciens conjoints dont le mariage s'est soldé par un divorce. L'exigence de cohabitation n'a donc pas eu pour effet de différencier la situation de M^{me} Hodge de celle d'autres anciens conjoints de manière qu'il en résulte un traitement inégal.

[7] La demanderesse cherche aujourd'hui à obtenir, sur le fondement du paragraphe 24(1) de la Charte, une ordonnance déclarant que l'exigence de cohabitation contenue dans la définition de «conjoint» contrevient à l'article 15 de la Charte, de même qu'une ordonnance visant l'annulation de la décision rendue par la Commission et la confirmation de la décision rendue par le tribunal.

LA LÉGISLATION

[8] Dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, au paragraphe 103, on a décrit le but général du RPC, et surtout de la pension de survivant, comme visant la promotion de la dignité et la liberté de la personne par

ensuring a basic level of long-term financial security to persons whose personal situation makes them unable to achieve this goal, so important to quality of life and dignity. The case at bar must be resolved with reference to the constitutional objective of enhancing human dignity (see also *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, at paragraphs 56-58).

[9] The definition of “spouse” contained in the version of subsection 2(1) applicable to the case at bar is as follows:

2. (1)

“spouse”, in relation to a contributor, means,

(a) except in or in relation to section 55,

(i) if there is no person described in subparagraph (ii), a person who is married to the contributor at the relevant time, or

(ii) a person of the opposite sex who is cohabiting with the contributor in a conjugal relationship at the relevant time, having so cohabited with the contributor for a continuous period of at least one year, and

(b) in or in relation to section 55, a person who is married to the contributor at the relevant time,

and, in the case of the contributor’s death, the “relevant time”, for greater certainty, means the time of the contributor’s death. [Emphasis added.]

[10] Section 44 provides for the survivor’s pension. It read as follows at the relevant time:

44. (1) . . .

(d) a survivor’s pension shall be paid to the surviving spouse, as determined pursuant to this Act, of a deceased contributor who has made contributions for not less than the minimum qualifying period, if the surviving spouse

. . .

(ii) in the case of a surviving spouse who has not reached sixty-five years of age,

(A) had at the time of the death of the contributor reached thirty-five years of age,

l’assurance d’une sécurité financière de base à long terme aux personnes dont la situation les rend incapables d’atteindre ce but, qui revêt tant d’importance pour la qualité de la vie et la dignité. On doit trancher la présente affaire à la lumière de l’objectif constitutionnel de promotion de la dignité humaine (voir également *Granovsky c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, aux paragraphes 56 à 58).

[9] La définition de «conjoint» à laquelle renvoie la version du paragraphe 2(1) qui nous intéresse en l’espèce est rédigée comme suit:

2. (1) [. . .]

«conjoint» À l’égard d’un cotisant, s’entend:

a) sauf à l’article 55, de même qu’en ce qui s’y rattache:

(i) d’une personne qui est mariée au cotisant au moment considéré, dans les cas d’inexistence d’une personne décrite au sous-alinéa (ii),

(ii) d’une personne du sexe opposé qui, au moment considéré, vit avec le cotisant dans une situation assimilable à une union conjugale et a ainsi vécu avec celui-ci pendant une période continue d’au moins un an;

b) à l’article 55, de même qu’en ce qui s’y rattache, d’une personne qui est mariée au cotisant au moment considéré.

Il est entendu que, dans les cas de décès d’un cotisant, «moment considéré» s’entend du moment du décès du cotisant. [Je souligne.]

[10] L’article 44 traite de la pension de survivant. Au moment qui nous intéresse, cet article prévoyait:

44. (1) [. . .]

d) une pension de survivant doit être payée à la personne qui, aux termes de la présente loi, a la qualité de conjoint survivant d’un cotisant qui a versé des cotisations pendant au moins la période minimale d’admissibilité, si le conjoint survivant:

[. . .]

(ii) soit, dans le cas d’un conjoint survivant qui n’a pas atteint l’âge de soixante-cinq ans:

(A) ou bien avait au moment du décès du cotisant atteint l’âge de trente-cinq ans,

[11] Section 55.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 23; S.C. 2000, c. 12, s. 47] provides for the division of unadjusted pensionable earnings (credit splitting) where both spouses have contributed to the CPP. It reads as follows:

55.1 (1) Subject to this section and sections 55.2 and 55.3, a division of unadjusted pensionable earnings shall take place in the following circumstances:

...

(c) in the case of common-law partners, following the approval by the Minister of an application made by or on behalf of either former common-law partner, by the estate of one of those former common-law partners or by any person that may be prescribed, if

(i) the former common-law partners have been living separate and apart for a period of one year or more, or

(ii) one of the former common-law partners has died during that period,

and the application is made within four years after the day on which the former common-law partners commenced to live separate and apart.

[12] Section 15 of the Charter reads 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 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.

[13] In summary, a common-law spouse is defined as a person of the opposite sex who cohabited with the contributor in a conjugal relationship for at least one year, ending at the contributor's death. However, under the credit-splitting provision, the common-law spouse must have been living separate and apart from the contributor for at least one year.

[11] L'article 55.1 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 23; L.C. 2000, ch. 12, art. 47] traite du partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension (partage des crédits) lorsque les conjoints ont tous deux cotisé au RPC. L'article prévoit:

55.1 (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article et des articles 55.2 et 55.3, il doit y avoir partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension dans les circonstances suivantes:

[. . .]

c) dans le cas de conjoints de fait, à la suite de l'approbation par le ministre d'une demande de l'un ou l'autre des anciens conjoints de fait, ou de leur part, ou d'une demande de leurs ayants droit ou encore d'une personne visée par règlement, si la demande est faite dans les quatre ans suivant le jour où les anciens conjoints de fait ont commencé à vivre séparément et si:

(i) soit les anciens conjoints de fait ont vécu séparément pendant une période d'au moins un an,

(ii) soit l'un des anciens conjoints de fait est décédé pendant cette période.

[12] L'article 15 de la Charte est libellé comme suit:

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.

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

[13] Bref, un conjoint de fait s'entend d'une personne du sexe opposé qui a vécu avec le cotisant dans une situation assimilable à une union conjugale pendant une période d'au moins un an jusqu'au décès du cotisant. Toutefois, aux termes de la disposition relative au partage des crédits, le conjoint de fait doit avoir vécu séparément du cotisant pendant au moins un an.

[14] A married spouse continues to be eligible to collect a survivor's pension, provided that the marriage has not been dissolved by divorce, or the contributor has not resided in a conjugal relationship with another person for at least one year. In short, a common-law spouse, but not a spouse by marriage, must have lived with the contributor at the time of the contributor's death in order to qualify for a survivor's pension.

ALLEGED BOARD ERRORS

[15] The applicant's submission is that the Board erred in two broad respects:

(a) The Board's finding that the scheme provided a "measured and balanced formula for entitlement" was wrong in law, since there was no evidence before the Board that the exclusion related to or advanced the statutory purpose of the survivor's pension. Further, such a discussion is more appropriate to a section 1 analysis, which was not undertaken; and

(b) In choosing the appropriate comparator group, the Board gave insufficient weight to the applicant's perspective, contrary to the teaching of the Supreme Court of Canada in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at paragraph 136.

ANALYSIS

I. Section 15

[16] In *Law, supra*, Iacobucci J. outlined the steps that must be taken to determine whether the definition of "spouse" offends the equality provision contained in section 15 of the Charter. In that case, the appellant challenged the provisions in section 44 of the CPP excluding her from benefits because of her age, thus infringing her section 15 equality rights. Iacobucci J. outlined the following analysis, which has three components:

[14] Le conjoint marié continue d'être admissible à une pension de survivant dans la mesure où le mariage n'a pas été dissous par un divorce, ou que le cotisant n'a pas vécu avec une autre personne dans une situation assimilable à une union conjugale pendant au moins un an. Bref, pour être admissible à une pension de survivant, un conjoint de fait, mais non un conjoint de droit, doit avoir vécu avec le cotisant au moment du décès de celui-ci.

LES ERREURS QU'AURAIT COMMISES LA COMMISSION

[15] La demanderesse soutient que la Commission a commis deux grandes erreurs:

a) La conclusion tirée par la Commission que le régime offrait une «formule juste et équilibrée pour déterminer l'admissibilité» était erronée en droit, puisque la Commission ne disposait d'aucune preuve établissant que l'exclusion avait un lien avec l'objectif légal de la pension de survivant ou qu'elle en faisait la promotion. De plus, une telle question se prête davantage à une analyse fondée sur l'article premier, laquelle n'a pas été entreprise;

b) En choisissant le groupe de comparaison approprié, la Commission n'a pas accordé suffisamment d'importance au point de vue de la demanderesse, allant ainsi à l'encontre des principes énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, au paragraphe 136.

ANALYSE

I. L'article 15

[16] Dans l'arrêt *Law*, précité, le juge Iacobucci a fait état de la démarche à suivre pour déterminer si la définition de «conjoint» constitue une violation du droit à l'égalité garanti par l'article 15 de la Charte. Dans cet arrêt, l'appelante a contesté les dispositions de l'article 44 du RPC qui la privaient des prestations en raison de son âge, portant ainsi atteinte à ses droits à l'égalité fondés sur l'article 15. Le juge Iacobucci a exposé les grandes lignes de l'analyse suivante, laquelle comporte trois volets:

A. Does the impugned law

(i) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or

(ii) fail to take into account the claimant's already disadvantaged position in Canadian society, resulting in substantially differential treatment between the claimant or others on the basis of one or more personal characteristics?

B. If such differential treatment is found, is it on the basis of one or more enumerated or analogous grounds?

C. If so, does the differential treatment discriminate in the substantive sense, which is to say, does it violate basic values of human dignity and self-worth?

[17] This approach was confirmed and followed by the Supreme Court of Canada in *Granovsky*, *supra*, and in *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, at paragraphs 53-54, where Iacobucci J. wrote that this three-staged inquiry is not to be undertaken according to a fixed formula or a rigid test. Rather, section 15 is to be interpreted in a purposive and contextual manner in order to permit the realization of the provision's strong remedial purpose, and to avoid the pitfalls of a formalistic or mechanical approach. The main focus of the inquiry is to establish whether a conflict exists between the purpose or effect of an impugned law and the purpose of section 15. I turn now to an analysis following these guidelines.

Inquiry One: Differential treatment on the basis of one or more personal characteristics

[18] The applicant argues that the definition of "spouse" draws a formal distinction between the applicant and others on three grounds. First, the definition distinguishes between common-law spouses who have ceased to cohabit with the contributor and married spouses who have separated from the contributor. Only the former are denied the survivor's

A. La loi contestée

(i) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou

(ii) 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?

B. Si l'on conclut à une différence de traitement, celle-ci est-elle fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues?

C. Dans l'affirmative, la différence de traitement est-elle discriminatoire quant au fond, c'est-à-dire contrevient-elle aux valeurs fondamentales de dignité humaine et d'estime de soi?

[17] Cette approche a été confirmée et suivie par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Granovsky*, précité; et *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, aux paragraphes 53 et 54, où le juge Iacobucci a déclaré que cette analyse en trois étapes ne devait pas être faite en appliquant une formule figée ou un critère rigide. Au contraire, il faut interpréter l'article 15 en se fondant sur l'objet et le contexte afin de réaliser le but réparateur important de cette disposition et pour éviter les pièges d'une démarche formaliste ou automatique. L'analyse vise principalement à déterminer s'il existe un conflit entre l'objet ou l'effet de la disposition législative contestée et l'objet de l'article 15. En respectant ces lignes directrices, je procède à présent à l'analyse de la question en litige.

Première question: différence de traitement fondée sur une ou plusieurs caractéristiques personnelles

[18] La demanderesse affirme que la définition de «conjoint» établit une distinction formelle à trois égards entre elle et d'autres personnes. Premièrement, on distingue la situation des conjoints de fait qui ont cessé de vivre avec le cotisant de celle des conjoints mariés qui se sont séparés du cotisant. Seuls les premiers se voient refuser une pension de survivant. Deuxièmement,

pension. Second, the applicant states that the distinction is also based on sex and age, since the evidence indicates that: most surviving spouses are women; the proportion of survivors who are women grows steadily with age; and elderly single women are at an extreme risk of poverty as a result of historical patterns of social disadvantage.

[19] The Minister submits that the applicant's analysis is flawed because she has chosen the wrong comparator group. The Minister asserts that, when the contributor died, Ms. Hodge belonged to the class of former common-law spouses, and that the appropriate comparator group was former married spouses, that is, spouses whose marriage has been dissolved by divorce or annulment. In contrast, married spouses who are living apart at the time of the contributor's death remain spouses by marriage.

[20] A direction on the selection of the proper comparator group was given by Iacobucci J. in *Law*, *supra*, at paragraph 58, where he wrote:

When identifying the relevant comparator, the natural starting point is to consider the claimant's view. It is the claimant who generally chooses the person, group, or groups with whom he or she wishes to be compared for the purpose of the discrimination inquiry, thus setting the parameters of the alleged differential treatment that he or she wishes to challenge. However, the claimant's characterization of the comparison may not always be sufficient. It may be that the differential treatment is not between the groups identified by the claimant, but rather between other groups. Clearly a court cannot, *ex proprio motu*, evaluate a ground of discrimination not pleaded by the parties and in relation to which no evidence has been adduced. . . . However, within the scope of the ground or grounds pleaded, I would not close the door on the power of a court to refine the comparison presented by the claimant where warranted. [Emphasis added.]

[21] In assessing the propriety of interfering with the claimant's characterization of the comparator group, the Court must consider a variety of factors, including the subject-matter, and the purpose and effect of the legislation. Other contextual factors, such as biological,

la demanderesse fait valoir que la distinction se fonde également sur le sexe et l'âge, puisque la preuve au dossier démontre que la plupart des conjoints survivants sont des femmes, que la proportion des conjoints survivants qui sont des femmes augmente constamment selon l'âge et que les femmes âgées qui sont seules s'exposent à un risque extrême de pauvreté en raison des phénomènes historiques de désavantage social auxquels elles ont été associées.

[19] Le ministre prétend que l'analyse de la demanderesse est viciée par le choix du mauvais groupe de comparaison. Il fait valoir qu'au décès du cotisant, M^{me} Hodge appartenait à la catégorie des anciens conjoints de fait et que le groupe de comparaison approprié était celui des anciens conjoints mariés, c'est-à-dire les conjoints dont le mariage a été dissous par le divorce ou déclaré nul. Par contraste, les conjoints mariés qui vivent séparément au moment du décès du cotisant demeurent des conjoints de droit.

[20] Le juge Iacobucci s'est exprimé en ces termes dans l'arrêt *Law*, précité, au paragraphe 58, pour énoncer la directive suivante sur le choix du groupe de comparaison approprié:

Le point de départ naturel lorsqu'il s'agit d'établir l'élément de comparaison pertinent consiste à tenir compte du point de vue du demandeur. C'est généralement le demandeur qui choisit la personne, le groupe ou les groupes avec lesquels il désire être comparé aux fins de l'analyse relative à la discrimination, déterminant ainsi les paramètres de la différence de traitement qu'il allègue et qu'il souhaite contester. Cependant, il se peut que la qualification de la comparaison par le demandeur ne soit pas suffisante. La différence de traitement peut ne pas s'effectuer entre les groupes cernés par le demandeur, mais plutôt entre d'autres groupes. Le tribunal ne peut manifestement pas, de son propre chef, évaluer un motif de discrimination que n'ont pas invoqué les parties et à l'égard duquel aucune preuve n'a été produite [. . .]. Cependant, dans le cadre du ou des motifs invoqués, je n'exclurais pas le pouvoir du tribunal d'approfondir la comparaison soumise par le demandeur lorsque le tribunal estime justifié de le faire. [Je souligne.]

[21] Pour évaluer le bien-fondé de son intervention au regard de la qualification du groupe de comparaison telle que soumise par la demanderesse, la Cour doit prendre en compte toute une gamme de facteurs, y compris l'objet et l'effet des dispositions législatives.

historical, and sociological similarities or dissimilarities may also be relevant in establishing the relevant comparator (*Law, supra*, at paragraph 60).

[22] It is worth noting at this juncture that a married couple can normally only be divorced after a year-long period of separation. Ms. Hodge left the contributor less than six months before he died, with the intention of ending the relationship once and for all. It follows that, had Ms. Hodge and the contributor been legally married at the time the relationship terminated, it is unlikely that a divorce could have been completed by the time of the contributor's death. Under these hypothetical circumstances, her entitlement to the survivor's benefit would not be in dispute. Given this disparity in eligibility arising from Ms. Hodge's marital status at the date of the contributor's death, I cannot agree with the Minister that formerly married spouses, as a class, constitutes the appropriate comparator group within which to include the applicant.

[23] In my view, *Law, supra*, at paragraph 58, requires that this Court adopt the comparator group chosen by the applicant unless it can be shown that there is a paucity of evidence or a failure to plead that comparator. Those circumstances are not apparent in this record. Therefore, I conclude that there is a formal distinction drawn between the applicant and others on the basis of a personal characteristic, namely that she is a common-law spouse who had ceased to cohabit with the contributor at the time of his death. The Minister conceded both here and below that if the applicant's choice of comparator group is correct, then a formal distinction was in fact drawn by the impugned statutory provisions. It follows that no error was committed by the Board at this stage of the analysis.

[24] With respect to the differential treatment alleged by the applicant on the grounds of age and sex, the record *prima facie* establishes the claims made by the

D'autres facteurs contextuels, comme les ressemblances ou dissemblances biologiques, historiques et sociologiques, peuvent également être pertinents en vue de cerner l'élément de comparaison approprié (*Law*, précité, au paragraphe 60).

[22] Il convient de noter à ce stade-ci qu'un couple marié ne peut normalement divorcer qu'après une période de séparation d'un an. M^{me} Hodge a quitté le cotisant moins de six mois avant son décès, avec l'intention de mettre fin à la relation une fois pour toutes. Il s'ensuit que, si M^{me} Hodge et le cotisant avaient été légalement mariés lors de la rupture de la relation, il est peu vraisemblable qu'un divorce ait pu avoir été finalisé avant le décès du cotisant. Dans ces circonstances hypothétiques, on ne contesterait pas le droit de la demanderesse à une pension de survivant. Compte tenu de cette différence dans les conditions d'admissibilité fondée sur l'état matrimonial de M^{me} Hodge à la date du décès du cotisant, je ne suis pas d'accord avec le ministre pour dire que la catégorie des anciens conjoints mariés constitue le groupe de comparaison approprié auquel appartient la demanderesse.

[23] À mon avis, l'arrêt *Law*, précité, au paragraphe 58, exige que la Cour adopte le groupe de comparaison choisi par le demandeur, à moins que la rareté des éléments de preuve ou le défaut d'invoquer cet élément de comparaison ne puisse être démontré. Ces circonstances n'apparaissent pas au vu du présent dossier. Je conclus donc qu'il existe entre la demanderesse et les autres personnes une distinction formelle fondée sur une caractéristique personnelle, à savoir que la demanderesse est une conjointe de fait ayant cessé de vivre avec le cotisant au moment du décès de celui-ci. Autant dans la présente instance que devant les tribunaux de juridiction inférieure, le ministre a concédé que si le choix du groupe de comparaison soumis par la demanderesse s'avérait judicieux, une distinction formelle serait alors établie dans les faits par les dispositions législatives contestées. Il s'ensuit que la Commission n'a commis aucune erreur à cette étape de l'analyse.

[24] En ce qui concerne la différence de traitement que la demanderesse allègue être fondée sur l'âge et le sexe, le dossier étaye à première vue ses prétentions.

applicant. However, in light of my ultimate conclusion in relation to the marital status distinction, I propose to leave the issue of differential treatment based on age and sex to another panel and another day, especially since the exclusion applies to all women, including those who have divorced.

Inquiry Two: Enumerated or Analogous Grounds

[25] The second element of the inquiry is readily established. The Supreme Court of Canada stated clearly in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, that marital status is an analogous ground for the purposes of a section 15 analysis. The parties agree that should this Court determine that there is differential treatment on the basis of a personal characteristic, then that personal characteristic is marital status. As such, this branch of the inquiry is met, and it follows that the Board committed no error in this respect.

Inquiry Three: Discrimination

[26] This final stage of the section 15 analysis reflects the ultimate purpose underlying that section, namely, the protection of the claimant's human dignity (see *Lovelace, supra*, at paragraph 54; *Granovsky, supra*, at paragraphs 56-58). Binnie J. summarized the analysis in *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, at paragraph 110, where he said:

The third stage requires the claimant to establish that the differentiation amounts to a form of discrimination that has the effect of demeaning the claimant's human dignity. The "dignity" aspect of the test is designed to weed out trivial or other complaints that do not engage the purpose of the equality provision. [Emphasis added.]

[27] Further, Iacobucci J.'s oft-cited discussion of what "human dignity" entails is found in *Law, supra*, at paragraph 53, where he wrote as follows:

What is human dignity? . . . As noted by Lamer C.J. in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 554, the equality guarantee in s. 15(1) is concerned with the realization of personal autonomy and

Cependant, compte tenu de ma conclusion finale sur la distinction fondée sur l'état matrimonial, j'estime opportun en l'espèce de m'abstenir de me prononcer sur la question de la différence de traitement fondée sur l'âge et le sexe, surtout que l'exclusion s'applique à toutes les femmes, y compris celles qui ont divorcé.

Deuxième question: motifs énumérés ou analogues

[25] On peut établir sans difficulté le second élément de l'analyse. Dans l'arrêt *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, la Cour suprême du Canada a clairement indiqué que l'état matrimonial constituait un motif analogue pour les fins de l'analyse fondée sur l'article 15. Les parties conviennent que si la présente Cour devait constater l'existence d'une différence de traitement fondée sur une caractéristique personnelle, cette caractéristique personnelle serait alors l'état matrimonial. Il a donc été satisfait à ce volet de l'analyse, et en conséquence la Commission n'a commis aucune erreur à cet égard.

Troisième question: discrimination

[26] L'étape finale de l'analyse fondée sur l'article 15 reflète l'objet ultime qui sous-tend cet article, soit la protection de la dignité humaine du demandeur (voir *Lovelace*, précité, au paragraphe 54; *Granovsky*, précité, aux paragraphes 56 à 58). Dans l'arrêt *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, au paragraphe 110, le juge Binnie a résumé l'analyse en ces termes:

À la troisième étape, le demandeur doit prouver que la distinction équivaut à une forme de discrimination ayant pour effet de porter atteinte à sa dignité humaine. L'aspect «dignité» du critère vise à écarter les plaintes futiles ou autres qui ne mettent pas en cause l'objet de la disposition relative à l'égalité. [Je souligne.]

[27] Par ailleurs, on trouve dans l'arrêt *Law*, précité, au paragraphe 53, l'analyse souvent citée du juge Iacobucci sur ce que comporte la «dignité humaine», où le juge écrit:

En quoi consiste la dignité humaine? [. . .] Comme le juge en chef Lamer l'a fait remarquer dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, à la p. 554, la garantie d'égalité prévue au par. 15(1) vise

self-determination. Human dignity means that an individual or group feels self-respect and self-worth. It is concerned with physical and psychological integrity and empowerment. Human dignity is harmed by unfair treatment premised upon personal traits or circumstances which do not relate to individual needs, capacities, or merits. It is enhanced by laws which are sensitive to the needs, capacities, and merits of different individuals, taking into account the context underlying their differences. Human dignity is harmed when individuals and groups are marginalized, ignored, or devalued, and is enhanced when laws recognize the full place of all individuals and groups within Canadian society. Human dignity within the meaning of the equality guarantee does not relate to the status or position of an individual in society *per se*, but rather concerns the manner in which a person legitimately feels when confronted with a particular law. Does the law treat him or her unfairly, taking into account all of the circumstances regarding the individuals affected and excluded by the law? [Emphasis added.]

[28] Hence, the question is whether the requirement in the CPP's survivor's pension provision that common-law spouses, but not separated married spouses, must have resided with the contributor for a year preceding the time of death, marginalizes, ignores, or devalues the applicant's human dignity in purpose or effect, or otherwise perpetuates the view that such persons are less worthy of value or recognition as human beings.

[29] The Board found that this was not the case since Parliament had devised a balanced and measured approach to providing for common-law spouses in the CPP, and that the carefully crafted definition of "spouse" is not, perhaps, perfect, but nonetheless "has tried to show respect and concern for the status of common law partners".

[30] Ms. Hodge submits that this conclusion is in error, in both result and reasoning. The applicant relies on *Law, supra*, for the proposition that the survivor's benefit is directly linked to the preservation of human dignity through financial security and that, given this purpose, the exclusion of a class of surviving spouses inherently infringes the human dignity of those persons

la réalisation de l'autonomie personnelle et de l'autodétermination. La dignité humaine signifie qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi. Elle relève de l'intégrité physique et psychologique et de la prise en main personnelle. La dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n'ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne. Elle est rehaussée par des lois qui sont sensibles aux besoins, aux capacités et aux mérites de différentes personnes et qui tiennent compte du contexte sous-jacent à leurs différences. La dignité humaine est bafouée lorsque des personnes et des groupes sont marginalisés, mis de côté et dévalorisés, et elle est rehaussée lorsque les lois reconnaissent le rôle à part entière joué par tous dans la société canadienne. Au sens de la garantie d'égalité, la dignité humaine n'a rien à voir avec le statut ou la position d'une personne dans la société en soi, mais elle a plutôt trait à la façon dont il est raisonnable qu'une personne se sente face à une loi donnée. La loi traite-t-elle la personne injustement, si on tient compte de l'ensemble des circonstances concernant les personnes touchées et exclues par la loi? [Je souligne.]

[28] En conséquence, il s'agit de savoir si l'exigence prévue dans la disposition relative à la pension de survivant du RPC, selon laquelle les conjoints de fait—mais non les conjoints mariés qui se sont séparés—doivent avoir vécu avec le cotisant pendant un an avant le décès de celui-ci, marginalise, met de côté ou dévalorise la dignité humaine de la demanderesse dans son objet ou dans son effet, ou si elle perpétue par ailleurs l'opinion que ces personnes sont moins dignes d'être reconnues ou valorisées en tant qu'êtres humains.

[29] La Commission a conclu que ce n'était pas le cas, puisque le législateur avait adopté une approche juste et équilibrée pour répondre aux besoins des conjoints de fait dans le cadre du RPC et que la définition soigneusement élaborée de «conjoint», quoique peut-être imparfaite, «témoign[ait] [néanmoins] du respect et de la considération du Parlement quant au statut des conjoints de fait».

[30] M^{me} Hodge prétend que cette conclusion est erronée, aussi bien sur le plan du résultat que du raisonnement. La demanderesse invoque l'arrêt *Law*, précité, pour étayer la thèse selon laquelle la prestation de survivant est directement liée à la protection de la dignité humaine par l'assurance d'une sécurité financière et que, compte tenu de cet objectif,

excluded.

[31] The Minister, on the other hand, argues that the residence requirement is neither based on, nor promotes, prejudices or stereotypes common-law spouses. Instead, the Minister submits that the provisions were amended to include common-law spouses as a result of the recognition that such relationships, and the people engaging in them, were equally worthy of respect and protection, and to deal with the difficult question of when a common-law relationship ends.

[32] The Minister submits that, unlike legal marriages, it is difficult to define when common-law relationships end since they are *de facto* in nature. Accordingly, a distinction based on the institutional differences between marriage and common-law relationships does not go to human dignity, but rather reflects the nature of the relationships and provides an appropriate solution to a difficult issue. Otherwise, in the Minister's submission, once a couple has lived in a conjugal relationship, the survivor would still be entitled to a survivor's pension, regardless of how long before the contributor's death the parties had lived separate and apart.

[33] In my opinion, most of the Minister's arguments are more appropriate as part of a section 1 analysis. However, the issue of present concern is not whether the specific statutory criteria of eligibility for a survivor's benefit were expedient or carefully crafted, but whether the distinction between common-law and married spouses affects the applicant's dignity.

[34] In *Law, supra*, the overriding purpose and emphasis of the CPP, and notably the survivor's benefit, was said to be the enhancement of dignity by ensuring a basic level of long-term financial security of the elderly and of surviving spouses in particular. But for the residence requirement set out in the definition of

l'exclusion d'une catégorie de conjoints survivants porte fondamentalement atteinte à la dignité humaine des personnes ainsi exclues.

[31] Pour sa part, le ministre affirme que l'exigence de cohabitation ne se fonde pas sur la situation des conjoints de fait, pas plus qu'elle n'en fait la promotion ou qu'elle ne véhicule des préjugés ou des stéréotypes à leur égard. Le ministre fait plutôt valoir que, par suite de la reconnaissance du fait que ces relations, comme les personnes qui les forment, méritaient tout autant d'être respectées et protégées, les dispositions pertinentes ont été modifiées pour y inclure les conjoints de fait et pour traiter de la question épineuse de savoir à quel moment prend fin l'union de fait.

[32] Le ministre avance la proposition qu'à la différence des mariages légaux, on peut difficilement déterminer quand prend fin l'union de fait puisque celle-ci est de nature factuelle. En conséquence, une distinction fondée sur les différences institutionnelles entre le mariage et l'union de fait ne met pas en cause la dignité humaine, mais reflète plutôt la nature des relations et constitue une solution appropriée à une question difficile. Autrement, soutient le ministre, aussitôt qu'un couple aura vécu dans une situation assimilable à une union conjugale, le survivant serait toujours admis à toucher une pension de survivant peu importe la durée pendant laquelle les parties ont vécu séparément avant le décès du cotisant.

[33] À mon sens, la plupart des arguments soulevés par le ministre se prêtent davantage à une analyse fondée sur l'article premier. Cependant, la question en l'occurrence ne consiste pas à savoir si les critères précis d'admissibilité prévus par la loi au titre de la prestation de survivant étaient opportuns ou soigneusement élaborés, mais bien si la dignité de la demanderesse est visée par la distinction établie entre les conjoints de fait et les conjoints mariés.

[34] Dans l'arrêt *Law*, précité, il a été statué que le RPC, et surtout la pension de survivant, avait pour finalité et priorité absolues la promotion de la dignité par l'assurance d'une sécurité financière de base à long terme aux aînés et aux conjoints survivants en particulier. N'eût été l'exigence de cohabitation prévue

“spouse”, the applicant would be entitled to the protection afforded by the survivor’s pension. In order to receive the benefit, the applicant had only two choices: either marry the contributor, a choice intrinsic to an individual’s personal autonomy, or remain in a relationship, described by Ms. Hodge as abusive, until the contributor died; again, a decision going to the very heart of her personal integrity, empowerment, and safety.

[35] I would also make reference to the recent decision of this Court in *Collins v. Canada*, [2002] 3 F.C. 320, which dealt with a claim of discrimination by a separated spouse who was denied benefits under the *Old Age Security Act* [R.S.C., 1985, c. O-9]. In that case, the appellant married in 1951 and separated from her husband in 1975. They remained separated until his death in 1998. If Ms. Collins had not been separated from her husband, she would have been entitled to a monthly “spouse’s allowance” under section 19 of the *Old Age Security Act* beginning in November of 1985, when she became 60 years of age, and continuing until she became entitled to the old age pension in her own right at age 65.

[36] Residence was at the heart of the requirement for eligibility in *Collins, supra*. With regard to whether discrimination resulted from the distinction drawn between a cohabiting spouse and a separated spouse in similar financial circumstances, Sharlow J.A. wrote as follows at paragraphs 37-38:

In his concluding remarks about the applicability of subsection 15(1), the Trial Judge referred to the following comments of McLachlin J. in *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627 at paragraph 207:

One’s status *vis-à-vis* one’s former spouse involves the individual’s freedom to form family relationships and touches on matters so intrinsically human, personal and relational that a distinction based on this ground must often violate a person’s dignity.

The validity of this comment seems obvious to me.

dans la définition de «conjoint», la demanderesse aurait eu droit à la protection que représente la pension de survivant. Pour s’assurer de recevoir une prestation, la demanderesse n’avait que deux choix: soit épouser le cotisant, un choix inhérent à son autonomie personnelle, ou poursuivre la relation, que M^{me} Hodge dit être marquée par la violence, jusqu’au décès du cotisant; il s’agit, encore là, d’une décision qui touche fondamentalement son intégrité, sa prise en main et sa sécurité personnelles.

[35] Je renverrais également à la décision rendue récemment par notre Cour dans l’arrêt *Collins c. Canada*, [2002] 3 C.F. 320, concernant une allévation de discrimination faite par une conjointe séparée qui s’est vu refuser des prestations prévues par la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* [L.R.C. (1985), ch. O-9]. Dans cet arrêt, l’appelante s’est mariée en 1951 et s’est séparée de son mari en 1975. Ils sont demeurés séparés jusqu’à ce qu’il décède en 1998. Si M^{me} Collins n’avait pas été séparée de son mari, elle aurait eu droit à une «allocation au conjoint» mensuelle en vertu de l’article 19 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* à compter de novembre 1985, date où elle a atteint l’âge de 60 ans, jusqu’à ce qu’elle ait droit à sa propre pension de sécurité de la vieillesse à l’âge de 65 ans.

[36] Dans l’arrêt *Collins*, précité, la condition d’admissibilité se fondait essentiellement sur la notion de cohabitation. Sur la question de savoir si une mesure discriminatoire résultait de la distinction établie entre une personne vivant avec son conjoint et un conjoint séparé se trouvant dans la même situation financière, le juge d’appel Sharlow a déclaré aux paragraphes 37 et 38:

Dans ses conclusions au sujet de l’applicabilité du paragraphe 15(1), le juge de première instance a fait référence aux observations suivantes que le juge McLachlin a faites dans l’arrêt [*Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627] au paragraphe 207:

Le statut d’une personne par rapport à celui de son ex-conjoint touche la liberté de l’individu à façonner ses relations familiales comme il l’entend et touche des éléments si intrinsèquement humains, personnels et relationnels qu’une distinction fondée sur ce motif peut souvent porter atteinte à la dignité d’une personne.

Le bien-fondé de ce commentaire me semble évident.

I am of the view that the Trial Judge did not err in concluding that a statute granting an income-tested allowance to a cohabiting spouse, while denying it to a separated spouse in similar financial circumstances, is discriminatory in that it creates a distinction based on a personal characteristic intrinsic to human dignity. Thus, despite the paucity of evidence of historical disadvantage or vulnerability, I am not prepared to reverse the decision of the Trial Judge that the impugned legislation is discriminatory within the meaning of subsection 15(1) of the Charter.

[37] Following Sharlow J.A.'s analysis, and despite the Minister's concern that the record contains little evidence to establish an affront to the applicant's human dignity, I am satisfied that the Board erred in failing to find discrimination for the purpose of section 15. The distinction drawn goes to an intrinsic personal element, i.e., the formation and maintenance of deeply personal relationships, which, when compromised, can only lead to the conclusion that the dignity interest is engaged.

[38] As a result, I am satisfied that the statutory definition of "spouse" violates section 15 because it distinguishes between common-law spouses and married spouses who do not cohabit with the contributor at the time of the contributor's death, and that persons in the applicant's position are treated in a manner which constitutes an affront to their human dignity, self-worth, and ability to make important life decisions. The question remains whether this breach of section 15 can be justified under section 1 of the Charter. I turn now to that analysis.

II. Section 1

[39] Once a discrimination is established, discrimination is identified, the onus then shifts to the party supporting the impugned law, in this case the Minister, to prove that the limitation is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. If the Minister fails to do so, the impugned law will be of no force or effect by virtue of section 52 of the *Constitution Act, 1982*, [Schedule B, *Canada Act 1982*,

Je suis d'avis que le juge de première instance n'a commis aucune erreur en concluant qu'une loi accordant une allocation justifiée en fonction du revenu à une personne vivant avec son conjoint tout en la refusant à un conjoint séparé se trouvant dans la même situation financière est discriminatoire en ce qu'elle crée une distinction fondée sur une caractéristique personnelle inhérente à la dignité humaine. Par conséquent, malgré la rareté des éléments de preuve démontrant l'existence de désavantage historique ou de vulnérabilité, je ne suis pas prêt à écarter la conclusion du juge de première instance selon laquelle la disposition législative contestée est discriminatoire au sens du paragraphe 15(1) de la Charte.

[37] En me fondant sur l'analyse du juge Sharlow, et malgré la réserve soulevée par le ministre que le dossier contient peu de preuves pour démontrer l'affront à la dignité humaine de la demanderesse, j'estime que la Commission a commis une erreur en omettant de conclure qu'il y a eu discrimination au sens de l'article 15. La distinction établie touche à un élément intrinsèquement personnel, soit la formation et la poursuite de relations profondément personnelles, qui, lorsque compromis, mène à la seule conclusion que le droit à la dignité est en jeu.

[38] Par conséquent, je suis d'avis que la définition légale de «conjoint» contrevient à l'article 15 en ce qu'elle établit une distinction entre les conjoints de fait et les conjoints mariés qui ne vivent pas avec le cotisant au moment du décès de celui-ci, et qu'on réserve aux personnes se trouvant dans la même situation que la demanderesse un traitement qui constitue un affront à leur dignité humaine, à leur estime de soi et à leur capacité de prendre des décisions importantes dans leur vie. Il reste à savoir si cette atteinte à l'article 15 peut se justifier au regard de l'article premier de la Charte. Je me penche à présent sur cette question.

II. L'article premier

[39] Dès que la preuve de la discrimination est établie, qu'on a cerné ce en quoi consiste la discrimination, il incombe alors à la partie qui souscrit à la loi contestée, en l'occurrence le ministre, d'établir qu'il s'agit d'une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. À défaut par le ministre de le faire, la loi contestée sera rendue inopérante par le biais de

1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]].

[40] The now familiar section 1 test, first prescribed by the Supreme Court of Canada in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, has been restated on numerous occasions and may be summarized as follows:

1. Does the objective or goal of the legislation relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society?

2. If so, are the means chosen to attain that goal proportional to one another, in that

(a) the connection between the objective of the legislation and the discriminatory distinction is rational;

(b) the law impairs the right as minimally as possible; and

(c) if both these conditions are met, the benefits of the legislation must be weighed with its deleterious effects to determine whether, overall, they are proportionate.

Pressing and Substantial Objective

[41] Both parties agree that the goals of the CPP as a whole, and the survivor's pension in particular, are pressing and substantial. The Minister submits that the purpose of the residence requirement is also pressing and substantial, since it operates to preserve the priority of a legal spouse to the survivor's benefit, in the absence of a common-law spouse. The applicant asserts that, while the goals of the legislation are pressing and substantial, namely the preservation of the dignity and independence of survivors, the exclusion of persons in the applicant's position defeats that purpose, and thus cannot be pressing and substantial. The applicant relies on *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at paragraph 116, for this proposition. In that case, the legislature's failure to include in human rights legislation sexual orientation as a prescribed ground of discrimination was said to constitute the very antithesis of the principles

l'article 52 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]].

[40] Le critère bien connu de l'article premier, énoncé pour la première fois par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, a été reformulé à plusieurs reprises et peut se résumer de la manière suivante:

1. L'objectif de la loi se rapporte-t-il à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique?

2. Dans l'affirmative, y a-t-il proportionnalité entre cet objectif et les moyens choisis pour l'atteindre, en ce que

a) il y a un lien rationnel entre l'objectif de la loi et la distinction discriminatoire;

b) la loi porte le moins possible atteinte au droit en question;

c) si ces deux conditions sont remplies, il faut soulever les effets bénéfiques de la mesure législative par rapport à ses effets préjudiciables pour déterminer si, dans l'ensemble, il y a proportionnalité.

Objectif urgent et réel

[41] Les parties s'entendent pour dire que les objectifs poursuivis de façon globale par le RPC, et de façon particulière par la pension de survivant, sont urgents et réels. Le ministre fait valoir que l'exigence de cohabitation comporte un objet qui est également urgent et réel, étant donné qu'elle vise à maintenir la priorité accordée au conjoint de droit de toucher la prestation de survivant en l'absence d'un conjoint de fait. La demanderesse reconnaît que les objectifs de la loi — à savoir la protection de la dignité et de l'indépendance des conjoints survivants — sont urgents et réels, mais prétend que l'exclusion des personnes dans la même situation qu'elle fait échec à ces objectifs et ne peut donc revêtir un caractère urgent et réel. La demanderesse invoque à cet égard l'arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, au paragraphe 116. Dans cet arrêt, on a déclaré que l'omission du législateur

embodied in the legislation as a whole. As such, the objective behind the omission did not relate to concerns that were pressing and substantial.

[42] In my view, the overall objective of the legislation in the case at bar is, as the applicant states, to preserve the dignity and self-realization of persons who would not otherwise be able to do so (see paragraph 7, *supra*). This is uncontroversial. However, the scheme itself requires limits. In drafting the definition of “spouse,” Parliament had the task of defining the parameters of a common-law spouse’s rights, so as to prevent multiple claims and to set out the priorities by which claims would be judged. This is, in itself, a pressing and substantial objective sufficient for present purposes. Accordingly, I now turn to the second part of the *Oakes* test to determine whether the limits chosen are proportionate to the benefits the legislation is intended to confer.

Proportionality Test

Rational connection

[43] The Minister submits that the need to define the limits of eligibility, namely through the residence requirement in the definition of “spouse”, is rationally connected to the objective of providing a measure of security to the contributor’s spouse upon his or her death. This is so since the residence requirement ensures that a single spouse, as defined, will be eligible for the benefit. The Minister asserts that, in so doing, Parliament was neither arbitrary nor capricious. The applicant, on the other hand, argues that the limitation operates to exclude certain common-law spouses. As such, since the provision exists to ameliorate the position of common-law spouses whose partner had died, the exclusion of some members of that class cannot be connected rationally to the same objective.

[44] In my analysis, the limitation defining the parameters of eligibility for the survivor’s pension is

d’inclure l’orientation sexuelle comme motif de distinction énuméré dans une loi sur les droits de la personne constituait l’antithèse des principes qu’incarne le texte dans son ensemble. L’objectif sous-tendant l’omission ne se rapportait donc pas à des préoccupations urgentes et réelles.

[42] Je suis d’avis, comme le soutient la demanderesse, que la loi en l’espèce visait dans l’ensemble à protéger, le droit à la dignité et à l’épanouissement personnel de ceux qui autrement ne seraient pas en mesure de le faire (voir paragraphe 7 ci-dessus). Cette affirmation ne pose aucun problème. Cependant, le régime en soi exige que certaines limites soient posées. Lorsqu’il a défini le terme «conjoint», le législateur se devait de fixer les paramètres des droits dont le conjoint de fait est titulaire de manière à éviter les réclamations multiples et à établir les priorités suivant lesquelles les réclamations seraient examinées. Cela en soi constitue un objectif suffisamment urgent et réel aux fins de la présente analyse. Je passe donc au deuxième volet du critère de l’arrêt *Oakes* afin de déterminer si les limites choisies sont proportionnelles aux effets bénéfiques que la loi visait à conférer.

Critère de proportionnalité

Lien rationnel

[43] Selon le ministre, il existe un lien rationnel entre le besoin d’établir les limites de l’admissibilité, soit par l’inclusion de l’exigence de cohabitation dans la définition de «conjoint», et l’objectif qui consiste à assurer une certaine sécurité au conjoint du cotisant au décès de celui-ci. Cela tient au fait que l’exigence de cohabitation vise à s’assurer qu’un seul conjoint répondant à la définition sera admis à recevoir une prestation. Le ministre soutient que la décision du législateur à cet égard n’était ni arbitraire, ni fantaisiste. Pour sa part, la demanderesse plaide que la limite a pour effet d’exclure certains conjoints de fait. Ainsi, puisque la disposition sert à améliorer le sort des conjoints de fait dont le conjoint est décédé, la pratique d’exclure certains membres de cette catégorie ne peut être rationnellement liée à l’atteinte de l’objectif de la disposition.

[44] À mon avis, la limite établissant les paramètres de l’admissibilité à une pension de survivant a été

designed to meet both the objective of the survivor benefit itself, and the overall objective of the CPP. The residence requirement is designed to limit the class of persons who may be entitled to protection, and exists to provide coverage to persons in a common-law relationship who have demonstrated the existence of that relationship by the objective marker of conjugal cohabitation for a continuous period of 12 months. In essence, the exclusion of common-law spouses who cease to cohabit with the contributor is rationally connected to the objective of the legislation, i.e., the provision of financial security for surviving spouses, because it defines the point at which a spousal relationship ends. This limitation has been crafted as a response to the need to carefully define the limits of who is, and who is not, a common-law spouse for the purposes of the survivor's benefit. As such, I can only conclude that there is a rational connection between the legislation and its objective. However, it remains to be determined if the limitation chosen by Parliament, though rationally connected to the objective of the legislation, is unreasonable or impairs more than minimally the applicant's equality interest.

Minimal impairment

[45] When the focus of the minimal impairment analysis is a legislative provision which deals with socio-economic factors, i.e., where Parliament allocates scarce resources among different groups, and thereby makes choices as to eligibility for benefits, the question is not whether there are alternatives to the measure taken, but rather whether Parliament acted reasonably in setting the limitations it did. Deference is appropriate where Parliament has balanced competing social interests and less so when the government has acted as a singular antagonist of the individual whose right has been infringed (see *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at page 994).

[46] Thus, deference at the minimal impairment stage may be accorded to Parliament in polycentric situations, meaning that issues which involve a large number of interlocking and interacting interests and considerations must be weighed (see *Pushpanathan v. Canada*

pensée en vue de l'atteinte de l'objectif propre à la prestation de survivant comme de l'objectif général du RPC. L'exigence de cohabitation vise à restreindre la catégorie des personnes susceptibles d'avoir droit à une protection et sert à étendre cette protection aux personnes vivant en union de fait et ayant démontré, par la caractéristique objective du maintien de la cohabitation conjugale pendant une période continue de 12 mois, l'existence de cette relation. Il existe essentiellement un lien rationnel entre l'exclusion des conjoints de fait ayant cessé de vivre avec le cotisant et l'objectif visé par la loi, à savoir l'octroi d'une sécurité financière au profit des conjoints survivants, car cette exclusion détermine à quel moment la relation conjugale prend fin. Cette limite a été élaborée en réponse au besoin de définir de manière rigoureuse le conjoint de fait pour les fins de la prestation de survivant. En conséquence, je ne peux conclure qu'à l'existence d'un lien rationnel entre la loi et son objectif. Il reste cependant à décider si, bien qu'elle soit rationnellement liée à l'objectif de la loi, la limite choisie par le législateur est déraisonnable ou porte une atteinte plus que minimale au droit à l'égalité de la demanderesse.

Atteinte minimale

[45] Lorsque l'analyse fondée sur l'atteinte minimale porte sur une disposition législative mettant en cause des facteurs socio-économiques, c'est-à-dire lorsque le législateur répartit des ressources limitées entre différents groupes, et fait ainsi des choix quant à l'admissibilité aux prestations, il ne s'agit pas de savoir s'il y avait d'autres possibilités que la mesure prise, mais bien si le législateur a agi de manière raisonnable en fixant les limites comme il l'a fait. Il y a lieu de faire preuve de réserve lorsque le législateur a soupesé des intérêts sociaux opposés, et de faire preuve d'un moindre degré de réserve lorsque le gouvernement a agi comme adversaire singulier de l'individu dont le droit a été violé (voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la page 994).

[46] Par conséquent, à l'étape de l'atteinte minimale, il y a lieu de faire preuve de réserve à l'égard du législateur pour ce qui est des situations polycentriques, ce qui signifie que les questions qui font intervenir un grand nombre de considérations et d'intérêts entremêlés

(*Minister of Citizenship and Immigration*), [1998] 1 S.C.R. 982, at paragraph 36). In such situations, the Court must recognize the democratically representative role of Parliament in mediating various claims, and the fact that the Court is not in a position to ascertain with some certainty whether the least drastic means has been chosen to achieve a desired objective (see *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at page 286).

[47] With respect to minimal impairment and the legislator's choice regarding eligibility for benefits, McLachlin J. wrote as follows in *Miron*, *supra*, at paragraph 167:

The marker chosen by the legislator may be only tangentially relevant to the legislative goal, as citizenship was found to be to the determination of ability to practise law in *Andrews*. In such cases, we say it is a poor marker; one which excessively impairs the equality rights. Although it may eliminate some people who may legitimately be excluded, it also excludes many who, given the goal of the legislation, should not be excluded. In contrast, a good marker excludes most people who should be excluded given the goal of the legislation, and only a few who should not. The standard which the legislator must meet is not perfection, but reasonableness. Of necessity laws use group criteria; and of necessity there are sometimes individual members of the group chosen who do not conform to the usual profile of the group and with respect to whom, viewed individually, even a relevant legislative marker may be irrelevant. . . . if more reasonable markers are available, the law may be invalid because it impairs the right more than reasonably necessary to achieve the legislative goal. [Emphasis added.]

[48] To summarize, then, in choosing the residence requirement as a line of demarcation for eligibility for the survivor's pension, Parliament need not have been perfect, but must have been reasonable. Some deference is due to Parliament's choice in this case, since it involves the balancing of competing interests and the allocation of scarce resources. Hence, while the Court may not be in a position to determine whether less

et interdépendants doivent être soupesées (voir *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, au paragraphe 36). Dans de telles situations, la Cour doit reconnaître la fonction démocratiquement représentative du législateur dans la conciliation des diverses demandes et le fait qu'elle n'est pas en mesure de déterminer avec un certain degré de certitude si les moyens les moins radicaux ont été choisis pour parvenir à l'objectif souhaité (voir *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la page 286).

[47] En ce qui concerne l'atteinte minimale et le choix du législateur au chapitre de l'admissibilité aux prestations, le juge McLachlin a écrit ce qui suit dans l'arrêt *Miron*, précité, au paragraphe 167:

La caractéristique choisie par le législateur peut n'avoir qu'un rapport superficiel avec l'objectif de la loi, comme a été qualifiée la citoyenneté quant à la détermination de la capacité d'exercer le droit dans l'arrêt *Andrews*. Dans de tels cas, nous affirmons qu'une telle caractéristique est mauvaise, en ce sens qu'elle porte excessivement atteinte aux droits à l'égalité. Bien qu'elle puisse éliminer certaines personnes qui sont légitimement susceptibles de l'être, une telle caractéristique exclut aussi de nombreuses personnes qui, compte tenu de l'objectif de la loi, ne devraient pas l'être. Par contre, une bonne caractéristique exclut la plupart des personnes qui devraient l'être compte tenu de l'objectif de la loi, et seulement quelques-unes qui ne devraient pas l'être. La norme à laquelle doit satisfaire le législateur n'est pas la perfection, mais le caractère raisonnable. Par nécessité, les lois utilisent des critères de groupe et, par nécessité, il y a parfois des membres du groupe choisi qui ne correspondent pas au profil habituel de ce groupe et pour lesquels, pris individuellement, même une caractéristique législative pertinente pourrait ne pas être pertinente. [. . .] si des caractéristiques plus raisonnables existent, la loi ne peut pas être valide parce qu'elle empiète sur le droit plus qu'il est raisonnablement nécessaire de le faire pour atteindre l'objectif de la loi. [Je souligne.]

[48] Donc, pour résumer, le législateur n'a pas à se mesurer à une norme de perfection, mais il doit avoir agi de manière raisonnable en l'exigence de cohabitation, comme ligne de démarcation aux fins de l'admissibilité à la pension de survivant. Il convient en l'occurrence de faire preuve d'une certaine réserve à l'égard du choix du législateur, car il met en équilibre des intérêts opposés et une allocation de ressources limitées. Par conséquent,

drastic means were available to meet the legislative goal, it must nonetheless assess whether more reasonable, but not necessarily perfect, markers are available that are consistent with achieving the legislative goal. As a result, if Parliament was unreasonable in its choice of the residency requirement for common-law spouses, or if other, more reasonable alternatives were available, then the limitation may be said to impair the applicant's right in more than a minimal way.

[49] In my view, cohabitation at the date of death is an insufficiently accurate surrogate for determining financial dependence. This demarcation excludes from the spouse's pension all common-law spouses who have an ongoing financial dependence after separation, including those who can establish financial dependence pursuant to court orders under provincial legislation. Even those common-law spouses are excluded who, after years of cohabiting with the contributor, exhibit characteristics which are precise markers of dependence, such as age, the presence of dependent children or disability. Indeed, in this case the applicant was 61 years of age and disabled at the time of her application for the survivor's pension. Residence is also a poor marker for eligibility, since it ignores the contributions made by the applicant to the common-law relationship, and ignores the often onerous financial and social obligations which continue even after cohabitation ceases. It is simply unreasonable to assume that these ongoing obligations and dependencies, be they financial, legal or otherwise, are extinguished upon cessation of residence.

[50] There are, of course, other means by which Parliament could have achieved its goal. It could have instituted a grace period following the cessation of cohabitation in which eligibility would continue. A period of a year less a day might well be appropriate, since it would preclude, by definition, a claim for a survivor's pension by another common-law spouse who became involved with the contributor. Such an

bien que la Cour ne soit pas en mesure de juger s'il était possible de recourir à des moyens moins radicaux pour atteindre l'objectif de la loi, elle doit néanmoins examiner s'il existe des caractéristiques plus raisonnables, mais pas nécessairement parfaites, et compatibles avec l'objectif de la loi. Ainsi, si le législateur avait exercé de manière déraisonnable son choix d'imposer l'exigence de cohabitation aux conjoints de fait, ou s'il était possible de recourir à d'autres moyens plus raisonnables, on pourrait alors prétendre que la limite porte une atteinte plus que minimale au droit de la demanderesse.

[49] À mon sens, la cohabitation à la date du décès n'est pas un substitut suffisamment précis pour déterminer la dépendance financière. Cette démarcation exclut du droit à une pension du conjoint tous les conjoints de fait qui continuent d'être financièrement dépendants après la séparation, y compris ceux qui peuvent prouver leur dépendance financière à l'aide d'une ordonnance judiciaire en vertu d'une loi provinciale. Sont même exclus les conjoints de fait qui, après des années de vie commune avec le cotisant, présentent des caractéristiques attribuables à un état de dépendance comme l'âge, la présence d'enfants à charge ou l'invalidité. En effet, dans le présent cas, la demanderesse avait 61 ans et était invalide au moment où elle a soumis une demande de pension de survivant. La résidence s'avère également être une mauvaise caractéristique aux fins de l'admissibilité, car elle ne tient pas compte de l'apport de la demanderesse à l'union de fait et fait abstraction des obligations financières et sociales souvent onéreuses qui persistent même au-delà de la cohabitation. Il est tout simplement déraisonnable de s'imaginer que ces obligations et ces états de dépendance à caractère permanent, qu'ils soient de nature financière, juridique ou autre, s'éteignent dès que les conjoints cessent de faire vie commune.

[50] Certes, le législateur aurait pu avoir recours à d'autres moyens pour atteindre son objectif. Il aurait pu prévoir un délai de grâce suivant la date à laquelle cesse la cohabitation au cours duquel l'admissibilité du conjoint serait maintenue. Une période d'un an moins un jour aurait fort bien pu être appropriée, puisqu'elle aurait par définition exclu la possibilité d'une réclamation de pension de survivant par un autre

alternative would recognize the ongoing nature of the dependencies and obligations inherent in conjugal relationships, and would meet the primary objective of the survivor's pension. Indeed, in New Brunswick, the definition of "spouse" in the *Pension Benefits Act*, S.N.B. 1990, c. P-5.1, subsection 1(1), follows this approach, providing benefits to common-law spouses who have cohabited within the year preceding the time of the relevant incident. The New Brunswick approach offers a period in which those obligations and dependencies may be resolved, and relies on a line of demarcation more reflective of the reality of conjugal relationships. This approach is a more reasonable alternative than that adopted by Parliament, in that it recognizes the continuing nature of the obligations and dependencies inherent in spousal relationships, whether marriage or common-law.

[51] Parliament could also have chosen to treat common-law spouses in the same way as married spouses who remained legally married at the contributor's death. The problem of multiple claimants would be dealt with in the same way for both groups, that is, the spouse's entitlement would continue until the contributor established a subsequent qualifying conjugal relationship. Parliament could also have chosen to rate the benefits as between spouses, both married and common-law, depending on the length of the relationship. Each of these options would impair the applicant's right to equality less than the residency requirement presently contained in subsection 2(1).

[52] While the Supreme Court of Canada has directed that the cost of implementing a non-discriminatory program may be a factor at this stage of the section 1 analysis (see *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.)*, [1997] 3 S.C.R. 3, at paragraphs 281-284), I note that no clear evidence was advanced by the parties on the financial impact of a declaration in the appellant's favour. The only evidence offered was directed to the possibility that, if the

conjoint de fait qui aurait commencé à fréquenter le cotisant. Ce moyen reconnaîtrait le caractère permanent des états de dépendance et des obligations propres aux relations conjugales et satisferait à l'objectif premier de la pension de survivant. D'ailleurs, au Nouveau-Brunswick, on s'est inspiré de cette approche pour définir le terme «conjoint» dans la *Loi sur les prestations de pension*, L.N.-B. 1990, ch. P-5.1, paragraphe 1(1), de façon à accorder des prestations aux conjoints de fait qui ont cohabité au cours de l'année précédant la survenance de l'événement pertinent. Cette approche préconisée par le Nouveau-Brunswick comprend une période au cours de laquelle la question des obligations et des états de dépendance peut être réglée et se fonde sur une ligne de démarcation plus proche de la réalité des relations conjugales. Cette approche constitue un moyen plus raisonnable que celui qu'a adopté le législateur, parce qu'elle reconnaît le caractère permanent des obligations et des états de dépendance propres aux relations conjugales, qu'il s'agisse du mariage ou de l'union de fait.

[51] Le législateur aurait également pu choisir de traiter les conjoints de fait de la même manière qu'il traite les conjoints mariés qui conservent ce statut au décès du cotisant. Il aurait ainsi remédié au problème des réclamations multiples de la même manière pour les deux groupes, soit en maintenant le droit à pension du conjoint jusqu'à ce que le cotisant établisse l'existence d'une relation conjugale subséquente qui soit admissible. Le législateur aurait en outre pu choisir d'ajuster les prestations entre conjoints, tant mariés que vivant en union de fait, en fonction de la durée de la relation. Chacune de ces options porterait moins atteinte au droit à l'égalité de la demanderesse que l'exigence de cohabitation que prévoit actuellement le paragraphe 2(1).

[52] Bien que la Cour suprême du Canada ait déclaré que le coût de mise en œuvre d'un programme non discriminatoire pouvait être pertinent à cette étape de l'analyse fondée sur l'article premier (voir *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, [1997] 3 R.C.S. 3, aux paragraphes 281 à 284), je remarque que les parties n'ont pas produit d'éléments de preuve clairs sur les conséquences financières découlant d'une ordonnance déclaratoire en

applicant was successful, multiple claims for a survivor's benefit could be established on the death of a contributor. In my view, to allow Ms. Hodge's claim would not open the door to multiple claims any more than the present law does with respect to married spouses.

[53] As such, it is my view that the Minister has not demonstrated that the applicant's equality right has been impaired in a reasonable manner and has failed to discharge the onus under the minimal impairment inquiry.

Overall proportionality

[54] Parliament has chosen to implement its pressing and substantial objectives by limiting the access of separated common-law spouses to those same public objectives. Where, as here, separated common-law spouses are excluded from the benefit, the effect of the discrimination is not proportional to the objectives. As the Minister has failed to justify the section 15 infringement, the applicant is entitled to a remedy.

CONCLUSIONS

[55] The definition of "spouse" for the purpose of the survivor's pension under the CPP is discriminatory, and is not justified under section 1 of the Charter, since it does not constitute a minimal impairment of the applicant's section 15 rights, and is disproportionate to the benefits received.

[56] I would therefore declare the definition of "spouse" to be of no force or effect to the extent that it infringes the section 15 rights of common-law spouses who have ceased cohabitation with the contributor at the time of the contributor's death. However, in fashioning an appropriate remedy to correct an unconstitutional aspect of a statutory benefit scheme, the Court has a number of choices. As I have indicated, the constitutional problem that I have identified in subparagraph a)(ii) of the definition of "spouse" could be corrected in several different ways. Given the

faveur de la demanderesse. La seule preuve qui a été produite concernait, advenant le cas où la demanderesse aurait gain de cause, le dépôt possible de plusieurs réclamations de prestation de survivant au décès du cotisant. À mon avis, faire droit à la demande de M^{me} Hodge n'aurait pas pour effet d'ouvrir la voie aux réclamations multiples davantage que ne le permet déjà l'état actuel du droit en ce qui concerne les conjoints mariés.

[53] Je suis donc d'avis que le ministre ne s'est pas déchargé du fardeau qui lui incombait à l'étape de l'analyse fondée sur l'atteinte minimale, celui-ci n'ayant pu démontrer qu'il a été porté atteinte de façon raisonnable au droit à l'égalité de la demanderesse.

Proportionnalité globale

[54] Le législateur a choisi de mettre en œuvre ses objectifs urgents et réels en restreignant l'accès des conjoints de fait séparés à ces mêmes objectifs publics. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, des conjoints de fait séparés se voient refuser des prestations, l'effet de la discrimination n'est pas proportionnel aux objectifs. Comme le ministre n'a pu justifier l'atteinte à l'article 15, la demanderesse a droit à une réparation.

CONCLUSIONS

[55] La définition de «conjoint» établie aux fins de la pension de survivant sous le régime du RPC est discriminatoire et ne peut se justifier par l'article premier de la Charte, étant donné qu'elle ne constitue pas une atteinte minimale aux droits de la demanderesse consacrés par l'article 15 et qu'elle n'est pas proportionnelle aux effets bénéfiques conférés.

[56] Par conséquent, je me prononcerais en faveur de l'inopérabilité de la définition de «conjoint», dans la mesure où elle est attentatoire aux droits fondés sur l'article 15 des conjoints de fait qui ont cessé de vivre avec le cotisant au moment du décès de celui-ci. Cependant, la Cour dispose d'un certain nombre de choix quant à l'octroi d'une réparation appropriée en vue de remédier à un aspect inconstitutionnel d'un régime de prestations prévu par la loi. Comme je l'ai indiqué précédemment, on pourrait corriger de plusieurs manières le problème d'ordre constitutionnel que j'ai

inherent difficulties and interrelated policy options in creating and administering a complex scheme of social security, and the need to consult the Provinces before the CPP is amended, it is the role of Parliament, not the Court, to choose how best to meet its constitutional obligations and to craft the necessary statutory provisions.

[57] If the Court were simply to declare invalid the impugned provision in subparagraph (a)(ii) of the definition of “spouse”, it would thereby amend the legislation so as to provide that non-married spouses are to be treated in exactly the same way as the married, in the sense that a common-law relationship only ends for survivor benefit purposes when the contributor establishes another qualifying conjugal relationship. To do this would be a usurpation of Parliament’s function. As the Ontario Court of Appeal recently stated in *Falkiner v. Ontario (Ministry of Community and Social Services, Income Maintenance Branch)*, [2002] O.J. No. 1771 (C.A.) (QL), at paragraph 116, Parliament’s task is to design the scheme, and the Court’s to determine its constitutionality.

[58] In my view, this is one of those cases in which it is appropriate to suspend the operation of the declaration that subparagraph (a)(ii) of the definition of “spouse” [is of no force or effect] for a period of 12 months so that, in consultation with the Provinces, Parliament may decide how best to remedy the constitutional defect in the definition of “spouse”.

[59] Without more, however, this remedy would be of no assistance to Ms. Hodge and would make her victory decidedly hollow. In my opinion, this is a suitable case for ensuring that the litigant reaps the benefit of having instituted proceedings that have successfully challenged the constitutionality of the impugned aspect of the cohabitation requirement. An award of costs would be an inadequate recognition of Ms. Hodge’s success.

[60] Granting a remedy to a successful litigant that, during the suspension of the declaration, will not be

soulevé au sous-alinéa a)(ii) de la définition de «conjoint». Compte tenu des options politiques interreliées et des difficultés inhérentes à la création et à l’administration d’un régime complexe de sécurité sociale, ainsi que du besoin de consulter les provinces préalablement à la modification du RPC, il appartient au législateur, et non à la Cour, de choisir le meilleur moyen de remplir ses obligations constitutionnelles et d’élaborer les dispositions légales qui s’imposent.

[57] Si la Cour prononçait simplement l’invalidité de la disposition contestée du sous-alinéa a)(ii) de la définition de «conjoint», elle se trouverait du même coup à modifier la loi de manière à prévoir pour les conjoints non mariés un traitement identique à celui des conjoints mariés, en ce sens qu’aux fins de la prestation de survivant, l’union de fait ne prend fin que lorsque le cotisant établit l’existence d’une autre relation conjugale admissible. Cela équivaudrait à l’usurpation des fonctions du législateur. Comme la Cour d’appel de l’Ontario l’a déclaré récemment dans l’arrêt *Falkiner v. Ontario (Ministry of Community and Social Services, Income Maintenance Branch)*, [2002] O.J. n° 1771 (C.A.) (QL), au paragraphe 116, il appartient au législateur de concevoir le régime, et il revient à la Cour de se prononcer sur sa constitutionnalité.

[58] J’estime qu’il s’agit ici d’un cas où il est opportun de suspendre l’effet de la déclaration d’inopérabilité du sous-alinéa a)(ii) de la définition de «conjoint» pendant une période de 12 mois afin que le législateur puisse, en consultation avec les provinces, décider du meilleur moyen de remédier au vice constitutionnel entachant la définition de «conjoint».

[59] Toutefois, à elle seule, cette réparation ne serait d’aucune utilité à M^{me} Hodge et viderait décidément sa victoire de tout son sens. À mon avis, il s’agit en l’espèce d’un cas approprié pour s’assurer que la partie à l’instance profite du fait d’avoir intenté des procédures qui se sont avérées fructueuses au regard de la constitutionnalité de l’aspect contesté de l’exigence de cohabitation. L’attribution des dépens ne refléterait pas de façon adéquate la victoire remportée par M^{me} Hodge.

[60] L’octroi d’une réparation au bénéfice d’une partie ayant obtenu gain de cause que ne pourront

available to others who are similarly situated can create inequities: *Miron v. Trudel*, *supra*, at paragraph 179, *per* McLachlin J. (as she then was) dissenting. However, on the facts of this case, it is my opinion that the degree of arbitrariness inevitably involved in awarding the remedy that I propose is a less undesirable consequence than either denying a remedy to Ms. Hodge, or pursuing any of the other remedial options available to the Court. Moreover, any anomalies that arise during the period of temporary validity as a result of awarding Ms. Hodge a remedy may be addressed by administrative action or by the amended legislation.

[61] Accordingly, I would grant a declaration that subparagraph (a)(ii) of the definition of “spouse” is of no force or effect in so far as it violates Ms. Hodge’s right under section 15 of the Charter to be free from discrimination on the ground of marital status by disentitling her to the survivor’s benefit to which she would have been entitled if she had been married to Mr. Bickell.

[62] This conclusion is supported by the general acknowledgement of the broad and flexible remedial power that subsection 24(1) of the Charter confers on the courts: Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed. (Toronto: Carswell, 1992), at pages 37-28 to 37-28.2. More particularly, when discussing suspended remedies, such as the declaration of invalidity that I would grant in this case, Kent Roach, *Constitutional Remedies in Canada*, loose-leaf (Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994), at page 14-101, observes:

The general rule established by the Supreme Court is that successful applicants should be exempted from the period of delay.

Thus, Lamer C.J. said in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*; *Reference re Independence and Impartiality of*

invoquer, pendant la suspension du jugement déclaratoire, d’autres personnes vivant une situation semblable peut donner lieu à des inégalités: *Miron c. Trudel*, précité, au paragraphe 179, le juge McLachlin (aujourd’hui juge en chef) étant dissidente. Cependant, à la lumière des faits en l’espèce, j’estime que le degré d’arbitraire qui accompagne inévitablement l’octroi de la réparation que j’envisage constitue une conséquence moins indésirable que le refus d’accorder à M^{me} Hodge quelque réparation que ce soit, ou que la mise en œuvre d’un des autres choix de réparation qui s’offrent à la Cour. Qui plus est, on pourrait pallier, au moyen d’une mesure administrative ou d’une modification législative, toute anomalie qui surviendrait au cours de la période de validité temporaire et qui découlerait de l’octroi d’une réparation à M^{me} Hodge.

[61] En conséquence, j’émettrais une ordonnance déclaratoire portant que le sous-alinéa a)(ii) de la définition de «conjoint» est inopérant dans la mesure où, en privant M^{me} Hodge de la prestation de survivant à laquelle elle aurait eu droit si elle avait épousé M. Bickell, il viole le droit que lui consacre l’article 15 de la Charte de ne pas être l’objet de discrimination fondée sur l’état matrimonial.

[62] Cette conclusion est étayée par le fait qu’on reconnaît généralement une portée large et un caractère souple au pouvoir réparateur que confère aux tribunaux le paragraphe 24(1) de la Charte: Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles (Toronto: Carswell, 1992), aux pages 37-28 à 37-28.2. Plus particulièrement, lorsqu’il est question de la suspension des mesures de réparation, comme la déclaration d’invalidité en faveur de laquelle je me prononcerais en l’espèce, Kent Roach fait observer ce qui suit à la page 14-101 de son ouvrage *Constitutional Remedies in Canada*, édition à feuilles mobiles (Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994):

[TRADUCTION]

La règle générale qu’a élaborée la Cour suprême veut que les parties ayant obtenu gain de cause soient exemptées de la période de délai.

Ainsi, le juge en chef Lamer avait déclaré dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*; *Renvoi relatif*

Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island, [1998] 1 S.C.R. 3, at paragraph 20:

In the rare cases in which this Court makes a prospective ruling, it has always allowed the party bringing the case to take advantage of the finding of unconstitutionality. . . .

[63] For these reasons, I would allow the application for judicial review with costs, set aside the decision of the Pension Appeals Board, restore the decision of the Review Tribunal to allow the appeal from the Minister and declare that:

(a) the definition of “spouse” in subparagraph (a)(ii) of subsection 2(1) of the *Canada Pension Plan* is of no force or effect in so far as it violates the applicant’s right under section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to be free from discrimination on the ground of marital status by disentitling her to the survivor’s benefit that she would have received if she had been married to the contributor;

(b) the definition of “spouse” in subparagraph (a)(ii) of subsection 2(1) of the *Canada Pension Plan* is invalid and of no force or effect by virtue of section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in so far as it requires a non-married spouse to be cohabiting with the contributor at the time of the contributor’s death in order to be eligible for a survivor’s benefit; and

(c) the declaration in (b) above shall come into effect 12 months from the date of this order and, until then, subparagraph (a)(ii) of the definition of “spouse” shall be temporarily valid.

LINDEN J.A.: I agree.

EVANS J.A.: I agree.

à l’indépendance et à l’impartialité des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard, [1998] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 20:

Dans les rares cas où notre Cour a rendu une décision applicable pour l’avenir, elle a toujours permis à la partie qui a porté l’affaire devant le tribunal de profiter de la conclusion d’inconstitutionnalité [. . .]

[63] Pour ces motifs, j’accueillerais la demande de contrôle judiciaire avec dépens, j’annulerais la décision de la Commission d’appel des pensions, je rétablirais la décision du tribunal de révision d’accueillir l’appel du ministre et je rendrais une ordonnance déclaratoire portant que:

a) la définition de «conjoint» prévue au sous-alinéa a)(ii) de la définition de «conjoint» au paragraphe 2(1) du *Régime de pensions du Canada* est inopérante dans la mesure où, en privant la demanderesse de la prestation de survivant à laquelle elle aurait eu droit si elle avait épousé le cotisant, elle viole le droit que lui consacre l’article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* de ne pas être l’objet de discrimination fondée sur l’état matrimonial;

b) la définition de «conjoint» prévue au sous-alinéa a)(ii) de la définition de «conjoint» au paragraphe 2(1) du *Régime de pensions du Canada* est invalide et inopérante en raison de l’article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où elle exige, comme condition d’admissibilité à la prestation de survivant, que le conjoint non marié ait cohabité avec le cotisant au moment du décès de celui-ci;

c) la déclaration contenue au paragraphe b) entrera en vigueur à compter du douzième mois de la date de la présente ordonnance et, d’ici là, le sous-alinéa a)(ii) de la définition de «conjoint» sera temporairement valide.

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

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

A-403-01
2002 FCA 271

A-403-01
2002 CAF 271

Charanjit Kaur Deol (*Appellant*) (*Applicant*)

Charanjit Kaur Deol (*appelante*) (*demanderesse*)

v.

c.

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

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

INDEXED AS: DEOL v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: DEOL c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)

Court of Appeal, Linden, Evans and Malone JJ.A.—
Toronto, May 7; Ottawa, June 21, 2002.

Cour d'appel, juges Linden, Evans et Malone, J.C.A.—
Toronto, 7 mai; Ottawa, 21 juin 2002.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Refusal of permanent resident visas to appellant's family on ground of medical inadmissibility of appellant's father (advanced degenerative osteoarthritis in both knees might reasonably be expected to cause excessive demands on health services in Canada) — Portion of Immigration Act, s. 19(1)(a)(ii) providing for inadmissibility on ground of disability not contrary to Charter, s. 15 — When cost issue, demands excessive when reasonably might be expected to exceed by significant degree average per capita health care costs incurred by that section of Canadian population in same age range as visa applicant (appellant's father) — Here, open to Board to conclude on evidence reasonable for visa officer to conclude that, if admitted as permanent resident, visa applicant's demands for health services likely to be excessive — Election to have or not to have elective surgery relevant in determining whether or not medical opinion under Act, s. 19(1)(a)(ii) reasonable; however, person cannot waive right to publicly funded medical services all permanent residents possess; evidence of intention not to undergo particular treatment must be weighed with all other relevant evidence in determining whether person might reasonably be expected to make excessive demands on health services in Canada — Duty of fairness to Manitoba sponsor of immigrant, Manitoba destined immigrant not breached when Manitoba bonding program (if pertinent and applicable) not disclosed to sponsor and applicant in letter advising applicant of negative medical assessment — Ability to pay irrelevant to question of excessive demand under Act, s. 19(1)(a)(ii) in case of Manitoba sponsor of immigrant, Manitoba destined immigrant, in light of Manitoba bonding program if such program both accessible, applicable in circumstances.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Refus de délivrer des visas de résidence permanente aux membres de la famille de l'appelante pour le motif que son père était non admissible pour des raisons d'ordre médical (il souffrait d'une arthropathie chronique dégénérative des genoux à un stade avancé qui entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services de santé canadiens) — La partie de l'art. 19(1)a)(ii) de la Loi sur l'immigration qui prévoit que certaines personnes appartiennent à une catégorie non admissible par suite d'une invalidité ne va pas à l'encontre de l'art. 15 de la Charte — Lorsqu'une question de coût se pose, un fardeau est excessif lorsque les coûts risquent de dépasser de façon marquée les coûts de santé per capita moyens dépensés pour la tranche de la population canadienne qui fait partie du même groupe d'âge que le demandeur de visa (le père de l'appelante) — En l'espèce, il était loisible à la Commission de conclure, vu l'ensemble de la preuve, qu'il était raisonnable de la part de l'agent des visas de conclure que, s'il était admis comme résident permanent, le demandeur de visa aurait probablement besoin de services de santé qui entraîneraient un fardeau excessif — Le choix d'accepter ou non une intervention chirurgicale facultative est pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer si l'avis d'un médecin en vertu de l'art. 19(1)a)(ii) de la Loi est raisonnable; toutefois, une personne ne peut renoncer au droit que possède tous les résidents permanents de se prévaloir des services de santé financés à même les fonds publics; les éléments de preuve relatifs à l'intention de ne pas subir un traitement déterminé doivent être soupesés avec tous les autres éléments de preuve pertinents pour décider si la personne en question risque d'entraîner un fardeau excessif pour les services de santé au Canada — L'obligation d'équité due à un résident du Manitoba qui parraine un immigrant dont la destination est le Manitoba n'est pas enfreinte lorsqu'on ne fait pas connaître au parrain et au demandeur, dans la lettre avisant le demandeur que son évaluation médicale est négative, l'existence du programme de garantie du Manitoba (s'il est

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Refusal of permanent resident visas to appellant's family on ground of medical inadmissibility of appellant's father (advanced degenerative osteoarthritis in both knees might reasonably be expected to cause excessive demands on health services in Canada) — Portion of Immigration Act, s. 19(1)(a)(ii) providing for inadmissibility on ground of disability not contrary to Charter, s. 15 — Act, s. 19(1)(a)(ii) does not have purpose or effect discriminatory within meaning of equality guarantee — Fact applicant child of parent who has been refused visa because of medical condition expensive to treat not reflecting adversely on her individual worth or otherwise violating her human dignity; not ascribing disability or any other personal characteristic to her by virtue of her parentage — Like other visa applicants, applicant sponsor's father found medically inadmissible on basis of individualized medical assessments, prognoses of his condition, resulting demands he might reasonably be expected to cause on health services in Canada.

The appellant's father, mother, sister and two brothers, who live in India, were refused permanent resident visas because Mr. Ranjit Singh, the principal visa applicant and the appellant's father, was found to be medically inadmissible because of advanced degenerative osteoarthritis in both knees, which a medical officer found might reasonably be expected to cause excessive demands on health services in Canada. The Immigration and Refugee Board Appeal Division (the Board) dismissed the appeal against that decision. It found that surgical treatment was a reasonable prognosis for the near future; that total knee replacement surgery in Canada would cost about \$40,000, which constituted excessive demands on health services in Canada because it exceeded what is normal; that the evidence did not establish that Mr. Singh would refuse surgery now or in the reasonably foreseeable future; that the letter sent by the visa officer (the fairness letter) disclosed sufficient information to afford Mr. Singh a reasonable opportunity to provide evidence that he would decline the surgery; that the visa officer was not obliged by the duty of fairness to advise Mr. Singh of a bonding program (sponsors may post an irrevocable letter of credit with the provincial Department of Health as security for

pertinent et s'il s'applique) — La capacité de payer n'est pas pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer le fardeau excessif en vertu de l'art. 19(1)a)(ii) de la Loi dans le cas d'un résident du Manitoba qui parraine un immigrant dont la destination est le Manitoba, étant donné le programme de garantie du Manitoba, dans la mesure où ce programme s'applique et est accessible dans les circonstances de l'affaire.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Refus de délivrer des visas de résidence permanente aux membres de la famille de l'appelante pour le motif que son père était non admissible pour des raisons d'ordre médical (il souffrait d'une arthropathie chronique dégénérative des genoux à un stade avancé qui entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services de santé canadiens) — La partie de l'art. 19(1)a)(ii) de la Loi sur l'immigration qui prévoit que certaines personnes appartiennent à une catégorie non admissible par suite d'une invalidité ne va pas à l'encontre de l'art. 15 de la Charte — L'art. 19(1)a)(ii) n'a pas un objet ou un effet discriminatoires au sens de la garantie d'égalité — Le fait que la demanderesse soit l'enfant d'un parent qui s'est vu refuser un visa en raison d'une affection qui coûte cher à soigner ne porte atteinte ni à sa valeur individuelle ni à sa dignité humaine; sa filiation n'a pas pour effet de lui attribuer une déficience ou une autre caractéristique personnelle — À l'instar de tout autre demandeur de visa, le père de la demanderesse a été déclaré non admissible pour des raisons d'ordre médical sur la foi d'évaluations médicales individualisées et de pronostics au sujet de son état de santé et du fardeau qu'il risquait en conséquence d'entraîner pour les services de santé au Canada.

Le père, la mère, la sœur et les deux frères de l'appelante, qui vivent en Inde, se sont vus refuser des visas de résidence permanente parce que M. Ranjit Singh, qui est le demandeur de visa principal et le père de l'appelante, a été jugé non admissible pour des raisons d'ordre médical parce qu'il souffrait d'une arthropathie chronique dégénérative des genoux à un stade avancé qui, selon un médecin, entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services de santé canadiens. La Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) a rejeté l'appel interjeté de cette décision. Elle a conclu qu'une intervention chirurgicale dans un avenir rapproché constituait un pronostic réaliste; que l'arthroplastie totale des genoux au Canada coûterait environ 40 000 \$, ce qui constituait un fardeau excessif pour les services de santé au Canada parce que ce fardeau serait supérieur à la normale; que les éléments de preuve ne démontraient pas que M. Singh refuserait de subir l'intervention maintenant ou dans un avenir prévisible; que la lettre de l'agent des visas (la lettre d'équité) renfermait suffisamment d'éléments d'information pour donner à M. Singh une possibilité suffisante de fournir des éléments de preuve au sujet de son refus de subir l'intervention

cost of any health services required by the sponsored relative) available to residents of Manitoba who are sponsoring family members planning to live in that province; that Mr. Singh's ability to pay for any medical treatment was irrelevant; and that subparagraph 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act* did not contravene section 15 of the Charter.

The Trial Division Judge dismissed the application for judicial review of that decision, apparently on the basis that a person may be found medically inadmissible when the prediction of "excessive demands" rests entirely on the costs of the services that the person is likely to require, and not on the fact that demand for the services in question already exceeds supply. He also found that it was reasonable for the Board to conclude that Mr. Singh might elect surgery in the future as his condition deteriorates; that the visa officer was not under a duty to advise Mr. Singh how he might overcome the "excessive demands" hurdle by drawing to his attention a program offered, not by Citizenship and Immigration Canada or any other federal agency, but by the Department of Health of the Province of Manitoba. The argument that the visa officer ought to have considered the ability of Mr. Singh or any member of his family to pay for the surgery was rejected. Moreover, the bonding program was only available in the 60 days between the fairness letter and the visa refusal, a time that had long expired. Having conducted the analysis prescribed in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, the Trial Division Judge finally found that the refusal to issue a visa on the ground of medical inadmissibility did not infringe the appellant's right to equality and, if it did, it was saved by section 1 as a reasonable limitation. This was an appeal from that decision.

Held, the appeal should be dismissed.

Section 22 of the *Immigration Regulations, 1978* sets out a non-exhaustive list of factors to be considered to determine medical admissibility, including limitations on the supply of the health services likely to be required by an applicant, but not, explicitly, their cost. Cost alone can constitute "excessive demands" under subparagraph 19(1)(a)(ii). When both cost and availability are considered, it was clearly open to the Board to conclude on the evidence that it was reasonable for

chirurgicale; que son devoir d'équité n'obligeait pas l'agent des visas à informer M. Singh de l'existence du programme de garantie (les parrains peuvent fournir au ministère de la Santé provincial une lettre de crédit irrévocable pour garantir le coût des services de santé dont le parent qu'ils parrainent peut avoir besoin) offert aux résidents du Manitoba qui parrainent des membres de leur famille qui projettent de s'installer dans cette province; que la capacité de M. Singh de payer tous les soins médicaux qu'il pourrait recevoir ne constituait pas un facteur pertinent et, enfin, que le sous-alinéa 19(1)(a)(ii) de la *Loi sur l'immigration* ne contrevenait pas à l'article 15 de la Charte.

Le juge de la Section de première instance a rejeté la demande de contrôle judiciaire de cette décision, apparemment pour le motif qu'une personne peut être jugée non admissible pour des raisons d'ordre médical lorsque les risques de «fardeau excessif» dépendent entièrement du coût des services dont l'intéressé aura probablement besoin, et non du fait que la demande relative aux services en question dépasse déjà l'offre. Il a également jugé qu'il était raisonnable de la part de la Commission de conclure que M. Singh pourrait choisir de subir une intervention chirurgicale plus tard si son état se détériorait; il a aussi conclu que l'agent des visas n'était pas tenu d'informer M. Singh de la façon dont il pouvait surmonter l'obstacle du «fardeau excessif» en attirant son attention sur un programme offert non pas par Citoyenneté et Immigration Canada ou par un autre organisme fédéral, mais bien par le ministère de la Santé de la province du Manitoba. Le juge a rejeté l'argument que l'agent des visas aurait dû tenir compte de la capacité de M. Singh ou de tout autre membre de sa famille d'assumer les frais de l'intervention chirurgicale. De plus, il n'était possible de se prévaloir du programme que pendant les 60 jours écoulés entre l'envoi de la lettre d'équité et le refus du visa, un délai qui était expiré depuis longtemps. Après avoir procédé à l'analyse prescrite par l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, le juge de la Section de première instance a statué que le refus de délivrer un visa pour des raisons d'ordre médical n'enfreignait pas le droit à l'égalité de l'appelante et que, s'il l'enfreignait, il était protégé par l'article premier en tant que limite raisonnable. Il s'agissait en l'espèce d'un appel de cette décision.

Arrêt: l'appel est rejeté.

L'article 22 du *Règlement sur l'immigration de 1978* comporte une liste non exhaustive de facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer la non-admissibilité pour des raisons d'ordre médical, dont la question de savoir si la prestation de services de santé dont le demandeur peut avoir besoin au Canada est limitée, mais il n'est cependant pas expressément question du coût de ces services. Les frais peuvent, à eux seuls, constituer un «fardeau excessif» au sens du

the visa officer to conclude that, if admitted as a permanent resident, Mr. Singh's demands for health services were likely to be excessive.

“Excessive” demands for social or health services are those that exceed normal demands, provided that the margin is significant. What is “significant” in this context calls for an assessment of all the circumstances. As for the appropriate measure of normal demands, when cost is the issue, normal demands should be related to that section of the Canadian population in the same age group as the applicant. Since total knee replacement surgery is by no means typical for people in their late 60s and its cost is not fully reflected in the average *per capita* cost of the health services consumed by that section of the public, the information as to average *per capita* cost is not necessary in order to predict that, if Mr. Singh has the surgery, his costs will significantly exceed the average. In this case, in addition to the cost of the health services likely to be required, there was evidence before the Board of a waiting list in Manitoba for total knee replacement surgery. This was sufficient to enable the Board to conclude that there was a rational basis for the medical officers' opinion that the admission of Mr. Singh might reasonably be expected to cause excessive demands on health services. Here, the absence of evidence before the Board on what are normal health care costs does not warrant the intervention of the Court.

Although whether Mr. Singh has elected to forego surgery is a relevant consideration, this cannot be determinative of the demands that the individual's admission might reasonably be expected to cause on health services. No one can waive the right of access in the future to whatever publicly funded health services he or she may need.

The duty of fairness did not require a visa officer to disclose the existence or details of the Manitoba bonding program. The existence of the Manitoba program, and its possible availability to the appellant and her family, simply

sous-alinéa 19(1)a(ii). Si l'on tient compte à la fois des coûts et de la disponibilité, il était de toute évidence loisible à la Commission de conclure, vu l'ensemble de la preuve, qu'il était raisonnable de la part de l'agent des visas de conclure que, s'il était admis comme résident permanent, M. Singh aurait probablement besoin de services de santé qui entraîneraient un fardeau excessif pour le Canada.

Par «fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé», il faut entendre un fardeau supérieur à la normale, à condition que l'écart avec la normale soit significatif. Pour déterminer ce qui constitue un écart «significatif» dans ce contexte, il faut tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce. Pour ce qui est de la mesure acceptable du fardeau normal, lorsque la question qui se pose est celle des coûts, le fardeau normal devrait être mesuré en fonction du segment de la population canadienne qui se situe dans le même groupe d'âge que la personne qui demande l'admission au Canada. Étant donné que l'arthroplastie totale des genoux est loin d'être une intervention courante chez les gens qui sont dans la soixantaine avancée et qu'il n'est pas pleinement tenu compte des coûts entraînés pour une telle opération dans le calcul des coûts moyens *per capita* des services de santé utilisés par cette tranche de la population, il n'est pas nécessaire de connaître le coût moyen *per capita* des soins de santé pour ce groupe d'âge pour pouvoir prédire que, si M. Singh subit l'intervention chirurgicale en question, ces coûts seront de beaucoup supérieurs à la moyenne. En l'espèce, en plus du coût des services de santé qui seraient probablement nécessaires, la Commission disposait d'éléments de preuve au sujet de l'existence d'une liste d'attente au Manitoba pour les personnes devant subir une arthroplastie totale des genoux. Ce facteur était suffisant pour permettre à la Commission de conclure que l'avis des médecins suivant lequel l'admission de M. Singh au Canada risquait d'entraîner un fardeau excessif pour les services de santé reposait sur un fondement rationnel. En l'espèce, l'absence d'éléments de preuve portés à la connaissance de la Commission au sujet de ce qu'il faut entendre par «coûts de soins de la santé normaux» ne justifie pas l'intervention de la Cour.

Même si la question de savoir si M. Singh avait choisi de renoncer à l'intervention chirurgicale constituait un facteur pertinent, cela ne saurait constituer un facteur déterminant pour décider si l'admission de cette personne au Canada risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services de santé. On ne peut renoncer pour l'avenir au droit de se prévaloir des services de santé financés à même les fonds publics dont on pourrait avoir besoin.

Le devoir d'équité n'obligeait pas l'agent des visas à dévoiler l'existence du programme de garantie du Manitoba ou à en divulguer les détails. L'existence de ce programme et la possibilité pour l'appelante et sa famille de s'en prévaloir

were not factors in the decision to refuse a visa to Mr. Singh on the ground of medical inadmissibility.

The Board did not err in law in failing to have regard to the financial ability of the applicant or members of her family to pay for the cost of surgery that might be recommended for Mr. Singh. It is not possible to enforce a personal undertaking to pay for health services that may be required after a person has been admitted to Canada as a permanent resident, if the services are available without payment.

There was no violation of section 15 of the Charter. Assuming that the appellant satisfies the first two prongs of the *Law* test, namely, differential treatment and the presence of an enumerated ground as the basis of that treatment, she does not satisfy the third test in that, when contextual factors are taken into consideration, subparagraph 19(1)(a)(ii) does not have a purpose or effect that is discriminatory within the meaning of the equality guarantee. The fact that the appellant is the child of a parent who has been refused a visa because of a medical condition that is expensive to treat does not reflect adversely on her individual worth or otherwise violate her human dignity. Hence, she has not established the necessary link between the basis on which her father was refused a visa and discrimination against her in the constitutional sense. The appellant is not the subject of discrimination because Mr. Singh was found medically inadmissible on the basis of individualized medical assessments, and prognoses of his condition, and of the resulting demands that he might reasonably be expected to cause on health services in Canada. Therefore the appellant cannot claim that the statutory provision discriminates against her by withholding a benefit in a manner which reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics or otherwise had the effect of promoting the view that she is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society. Another factor is the nature of the rights affected. In this regard, no one, whether Canadian citizen or permanent resident, has a right to be joined by members of their family. Rather, permanent residents have a right to sponsor family members, who will be admitted if they satisfy the admission criteria. Finally, while the appellant may feel a deep sense of disappointment following the refusal, absent a violation of human dignity, such grievances do not support a claim of discrimination and a denial of equality before the law for the purpose of section 15.

n'étaient tout simplement pas des facteurs qui entraient en jeu lorsqu'il s'agissait de décider de refuser de délivrer un visa à M. Singh pour cause de non-admissibilité pour des raisons d'ordre médical.

La Commission n'a pas commis d'erreur de droit en ne tenant pas compte de la capacité de la demanderesse ou des membres de sa famille de payer le coût de l'intervention chirurgicale qui pouvait être recommandée dans le cas de M. Singh. Il n'est pas possible de faire respecter un engagement personnel de payer les services de santé qui peuvent être nécessaires après que l'intéressé a été admis au Canada en tant que résident permanent si les services peuvent être obtenus sans obligation de paiement.

L'article 15 de la Charte n'a pas été enfreint. Si on présume que l'appelante satisfait aux deux premiers volets du critère posé dans l'arrêt *Law*, à savoir une différence de traitement et l'existence d'un des motifs énumérés à la base de cette différence de traitement, elle ne satisfait pas au troisième volet du critère étant donné que, lorsqu'on tient compte des facteurs contextuels, le sous-alinéa 19(1)a)(ii) n'a pas un objet ou un effet discriminatoires au sens de la garantie d'égalité. Le fait que l'appelante soit l'enfant d'un parent qui s'est vu refuser un visa en raison d'une affection qui coûte cher à soigner ne porte atteinte ni à sa valeur individuelle ni à sa dignité humaine. Par conséquent, l'appelante n'a pas établi l'existence du lien nécessaire entre le motif pour lequel son père s'est vu refuser un visa et la discrimination dont elle aurait été victime au sens de la Constitution. L'appelante n'est pas victime de discrimination parce que M. Singh a été déclaré non admissible pour des raisons d'ordre médical sur la foi d'évaluations médicales individualisées et de pronostics au sujet de son état de santé et du fardeau qu'il risquait en conséquence d'entraîner pour les services de santé au Canada. Elle ne peut donc prétendre être victime de discrimination en raison du fait que la disposition législative la prive d'un avantage d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion qu'elle est moins capable ou est moins digne d'être reconnue ou valorisée en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne. Un autre facteur dont il y a lieu de tenir compte est celui de la nature des droits touchés. À cet égard, personne, qu'il soit citoyen canadien ou résident permanent, n'a le droit à ce que les autres membres de sa famille viennent le rejoindre au Canada. Les résidents permanents ont plutôt le droit de parrainer les membres de leur famille, lesquels seront admis au Canada s'ils satisfont aux critères d'admission. Finalement, même si l'appelante peut être profondément déçue par suite du refus, faute d'atteinte à la dignité humaine, un tel grief ne peut fonder une allévation de discrimination et de refus d'égalité devant la loi au sens de l'article 15.

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, 15.

Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 3(c), 8(1), 19(1)(a)(ii).

Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 22.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1999] 1 S.C.R. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 236 N.R. 1; *Pervez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 1420; [2001] F.C.J. No. 1948 (T.D.) (QL); *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 297; (2000), 195 D.L.R. (4th) 422; 265 N.R. 121 (C.A.); *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703; (2000), 186 D.L.R. (4th) 1; 50 C.C.E.L. (2d) 177; 253 N.R. 329.

DISTINGUISHED:

Poon v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2000), 198 F.T.R. 56; 10 Imm. L.R. (3d) 75 (F.C.T.D.); *Manto v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 205 F.T.R. 165 (F.C.T.D.); *Fei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 F.C. 274; (1997), 131 F.T.R. 81; 39 Imm. L.R. (2d) 266 (T.D.); *Shan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 153 F.T.R. 238 (F.C.T.D.); *Yogeswaran v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 129 F.T.R. 151 (F.C.T.D.); aff'd (1999), 1 Imm. L.R. (3d) 177; 247 N.R. 221 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Ismaili v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1995), 100 F.T.R. 139; 29 Imm. L.R. (2d) 1 (F.C.T.D.); *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; (1997), 143 D.L.R. (4th) 577; 42 C.R.R. (2d) 1; 37 Imm. L.R. (2d) 195; 208 N.R. 81.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n°44], art. 1, 15.

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. 52.

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 3c), 8(1), 19(1)a)(ii).

Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 22.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 R.C.S. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 236 N.R. 1; *Pervez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 1420; [2001] A.C.F. n° 1948 (1^{re} inst.); *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 297; (2000), 195 D.L.R. (4th) 422; 265 N.R. 121 (C.A.); *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703; (2000), 186 D.L.R. (4th) 1; 50 C.C.E.L. (2d) 177; 253 N.R. 329.

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Poon c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (2000), 198 F.T.R. 56; 10 Imm. L.R. (3d) 75 (C.F. 1^{re} inst.); *Manto c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2001), 205 F.T.R. 165 (C.F. 1^{re} inst.); *Fei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 C.F. 274; (1997), 131 F.T.R. 81; 39 Imm. L.R. (2d) 266 (1^{re} inst.); *Shan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 153 F.T.R. 238 (C.F. 1^{re} inst.); *Yogeswaran c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 129 F.T.R. 151 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (1999), 1 Imm. L.R. (3d) 177; 247 N.R. 221 (C.A.F.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Ismaili c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1995), 100 F.T.R. 139; 29 Imm. L.R. (2d) 1 (C.F. 1^{re} inst.); *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; (1997), 143 D.L.R. (4th) 577; 42 C.R.R. (2d) 1; 37 Imm. L.R. (2d) 195; 208 N.R. 81.

REFERRED TO:

Choi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1995), 98 F.T.R. 308; 29 Imm. L.R. (2d) 85 (F.C.T.D.); *Jim v. Canada (Solicitor General)* (1993), 69 F.T.R. 252; 22 Imm. L.R. (2d) 261 (F.C.T.D.); *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; (1996), 26 O.R. (3d) 736; 132 D.L.R. (4th) 31; 104 C.C.C. (3d) 136; 45 C.R. (4th) 307; 192 N.R. 81; 88 O.A.C. 321; *Cabaldon v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 140 F.T.R. 296; 42 Imm. L.R. (2d) 12 (F.C.T.D.).

APPEAL from a Trial Division decision (*Deol v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 19 Imm. L.R. (3d) 26) dismissing an application for judicial review of the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board decision (*Deol v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] I.A.D.D. No. 214 (QL)) dismissing an appeal from a visa officer's refusal of permanent resident visas to the appellant's father, mother, sister and two brothers on the basis that the principal visa applicant, the appellant's father, was found to be medically inadmissible in that he might reasonably be expected to cause excessive demands on health services in Canada. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

David Matas for appellant.
Marie-Louise Wcislo and *Sharlene Telles-Langdon* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

David Matas, Winnipeg, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

EVANS J.A.:

A. INTRODUCTION

[1] Charanjit Kaur Deol lives in Winnipeg and has been a permanent resident in Canada since 1991. In June

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

Choi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1995), 98 F.T.R. 308; 29 Imm. L.R. (2d) 85 (C.F. 1^{re} inst.); *Jim c. Canada (Solliciteur général)* (1993), 69 F.T.R. 252; 22 Imm. L.R. (2d) 261 (C.F. 1^{re} inst.); *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; (1996), 26 O.R. (3d) 736; 132 D.L.R. (4th) 31; 104 C.C.C. (3d) 136; 45 C.R. (4th) 307; 192 N.R. 81; 88 O.A.C. 321; *Cabaldon c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 140 F.T.R. 296; 42 Imm. L.R. (2d) 12 (C.F. 1^{re} inst.).

APPEL d'une décision de la Section de première instance (*Deol c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2001), 19 Imm. L.R. (3d) 26) rejetant une demande de contrôle judiciaire de la Section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (*Deol c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] D.S.A.I. n° 214 (QL)) qui a rejeté l'appel de la décision par laquelle un agent des visas a refusé des visas de résidence permanente au père, à la mère, à la sœur et aux deux frères de l'appelante au motif que le demandeur principal, le père de l'appelante, a été jugé non admissible pour des raisons d'ordre médical étant donné que son admission au Canada entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services de santé canadiens. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

David Matas pour l'appelante.
Marie-Louise Wcislo et *Sharlene Telles-Langdon* pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

David Matas, Winnipeg, pour l'appelante.
Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimé.

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

LE JUGE EVANS, J.C.A.:

A. INTRODUCTION

[1] Charanjit Kaur Deol vit à Winnipeg. Elle est résidente permanente au Canada depuis 1991. En juin

1993, she submitted an undertaking of assistance to sponsor the admission to Canada of her father, mother, sister and two brothers, who currently live in India. They were refused permanent residence visas because Mr. Ranjit Singh, the principal visa applicant and Ms. Deol's father, was found to be medically inadmissible.

[2] At that time, Mr. Singh was 65 years old and was diagnosed as having, among other things, advanced degenerative osteoarthritis in both knees, a condition that limited his daily activities and so restricted his mobility that he walked, with difficulty, with the help of a cane. The medical officer found that, if admitted to Canada, Mr. Singh might reasonably be expected to cause excessive demands on health services in Canada.

[3] In a decision dated February 22, 2000 [[2000] I.A.D.D. No. 214 (QL)], the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board dismissed Ms. Deol's appeal against the decision that Mr. Singh was medically inadmissible. It found that surgery in Canada to remedy this condition would cost approximately \$40,000, that this would exceed what is normal and, hence, constituted excessive demands. An application for judicial review of the Board's decision was dismissed by Muldoon J.: *Deol v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 19 Imm. L.R. (3d) 26 (F.C.T.D.).

[4] The Applications Judge certified the following five questions for appeal [at paragraph 48]:

1. Is the portion of section 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act* which provides for inadmissibility on the ground of disability of no force or effect under section 52 of the Charter and should it be severed from the *Immigration Act*?
2. Is "more than normal" a legally acceptable measure of excessive demand under section 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act*? If so, what are the permissible criteria for the determination of normalcy?

1993, elle a présenté un engagement d'aide en vue de parrainer l'admission au Canada de son père, de sa mère, de sa sœur et de ses deux frères, qui vivent présentement en Inde. Les membres de sa famille se sont vus refuser des visas de résidence permanente parce que M. Ranjit Singh, qui est le demandeur de visa principal et le père de M^{me} Deol, a été jugé non admissible pour des raisons d'ordre médical.

[2] À l'époque, M. Singh, qui était âgé de 65 ans, souffrait notamment d'une arthropathie chronique dégénérative des genoux à un stade avancé qui limitait ses activités quotidiennes et qui restreignait ses déplacements au point où il devait marcher à l'aide d'une canne. Le médecin qui l'a examiné a conclu que l'admission de M. Singh au Canada entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé canadiens.

[3] Dans une décision portant la date du 22 février 2000 [[2002] D.S.A.I. n° 214 (QL)], la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) a rejeté l'appel interjeté par M^{me} Deol de la décision par laquelle M. Singh avait été jugé non admissible pour des raisons d'ordre médical. La Commission a conclu qu'il en coûterait environ 40 000 \$ pour opérer M. Singh au Canada, ce qui serait plus lourd que la normale et constituerait donc un fardeau excessif. Le juge Muldoon a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission: *Deol c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2001), 19 Imm. L.R. (3d) 26 (C.F. 1^{re} inst.).

[4] Le juge de première instance a certifié les cinq questions suivantes qui devaient être tranchées en appel [au paragraphe 48]:

1. La partie du sous-alinéa 19(1)a)(ii) de la *Loi sur l'immigration* qui prévoit que certaines personnes appartiennent à une catégorie non admissible par suite d'une invalidité est-elle nulle et sans effet en vertu de l'article 52 de la Charte et doit-elle être retranchée de la *Loi sur l'immigration*?
2. La norme du «plus lourd que la normale» est-elle une mesure acceptable du fardeau excessif en vertu du sous-alinéa 19(1)a)(ii) de la *Loi sur l'immigration*? Si c'est le cas, quels sont les critères acceptables pour déterminer ce qui est normal?

3. Is an election to have or not have elective surgery relevant in determining whether or not a medical opinion under section 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act* is reasonable?
4. Is the duty of fairness breached to a Manitoba sponsor of an immigrant and a Manitoba destined immigrant, when the Manitoba bonding program (if pertinent and applicable), is not disclosed to the sponsor and the applicant in the letter advising the applicant of a negative medical assessment and inviting the applicant to submit further information not already on the file?
5. Is the ability to pay relevant or irrelevant to the question of excessive demand under section 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act* when there is a Manitoba sponsor of an immigrant and a Manitoba destined immigrant, in light of the Manitoba bonding program if there be such a program which is both accessible and applicable in these circumstances?
3. Le choix d'accepter ou non une intervention chirurgicale facultative est-il pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer si l'avis d'un médecin en vertu du sous-alinéa 19(1)a)(ii) de la *Loi sur l'immigration* est raisonnable ou non?
4. Enfreint-on l'obligation d'équité due à un résident du Manitoba qui parraine un immigrant dont la destination est le Manitoba lorsqu'on ne fait pas connaître au parrain et au demandeur, dans la lettre avisant le demandeur que son évaluation médicale est négative et l'invitant à présenter des renseignements additionnels qui ne se trouvent pas déjà au dossier, l'existence du programme de garantie du Manitoba (s'il est pertinent et s'il s'applique)?
5. La capacité de payer est-elle pertinente, ou non, lorsqu'il s'agit de déterminer le fardeau excessif en vertu du sous-alinéa 19(1)a)(ii) de la *Loi sur l'immigration* dans le cas d'un résident du Manitoba qui parraine un immigrant dont la destination est le Manitoba, étant donné le programme de garantie du Manitoba, dans la mesure où ce programme s'applique et qu'il est accessible dans les circonstances de l'affaire?

Counsel for Ms. Deol also argued that the Applications Judge erred in law in concluding that a finding of excessive demands may be based solely on the cost of the health services likely to be required by a visa applicant, as opposed to the extent to which the services are in short supply in Canada.

B. THE BOARD'S DECISION

[5] The Board reviewed the evidence concerning Mr. Singh's health and concluded that, while the medical reports contained a range of opinions on whether or not immediate surgery was indicated, they supported the conclusion that, given the severity of Mr. Singh's condition and the accompanying symptoms, surgical treatment was a reasonable prognosis for the near future. The Board found that if Mr. Singh had total knee replacement surgery in Canada it would cost approximately \$40,000, which constituted "excessive demands" on health services in Canada because it exceeded what is "normal".

[6] There was a question whether Mr. Singh had decided to forego this treatment, which was elective in

L'avocat de M^{me} Deol soutient également que le juge de première instance a commis une erreur de droit en jugeant qu'une conclusion de fardeau excessif peut être fondée exclusivement sur le coût des services de santé dont le demandeur de visa aura probablement besoin par opposition à la mesure dans laquelle il existe une pénurie au Canada en ce qui concerne les services requis.

B. LA DÉCISION DE LA COMMISSION

[5] La Commission a examiné les éléments de preuve relatifs à l'état de santé de M. Singh et a conclu que, même si les médecins qui avaient produit des rapports ne s'entendaient pas sur la question de savoir si M. Singh devait ou non subir une opération chirurgicale sans délai, leurs rapports permettaient de conclure que, compte tenu de la gravité de l'état de santé de M. Singh et des symptômes correspondants, une intervention chirurgicale dans un avenir rapproché constituait un pronostic réaliste. La Commission a conclu que si l'on procédait à l'arthroplastie totale des genoux de M. Singh au Canada, il en coûterait environ 40 000 \$, ce qui constituait un «fardeau excessif» pour les services de la santé au Canada parce que ce fardeau serait supérieur à «la normale».

[6] La Commission s'est également demandée si M. Singh avait décidé de renoncer à l'intervention

the sense that, while it may be necessary in order to improve his quality of life, he would not die if he did not have it. The Board concluded that the evidence before it did not establish that, on the balance of probabilities, Mr. Singh would refuse surgery now or in the reasonably foreseeable future, and would limit his demands to the less expensive non-surgical therapy available to alleviate osteoarthritis.

[7] Further, the Board concluded, the “fairness letter” sent by the visa officer to Mr. Singh prior to the decision on his visa application set out in some detail the medical officer’s concerns, including the statement that he would require a specialist’s care and “total knee replacement surgery”. The letter thus disclosed sufficient information to afford Mr. Singh a reasonable opportunity to provide evidence that he would decline the surgery. In response to this letter, Mr. Singh provided further medical reports but did not say that he would decline surgery.

[8] The Board also held that the visa officer was not obliged by the duty of fairness to advise Mr. Singh of a bonding program available to residents of Manitoba who are sponsoring family members planning to live in that province. Under this program, sponsors may post an irrevocable letter of credit with the provincial Department of Health as security for the cost of any health services required by the sponsored relative. The Board regarded as irrelevant the ability of Mr. Singh to pay for any medical treatment.

[9] The Board also briefly considered whether the provision of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, under which Mr. Singh was denied a visa, namely, subparagraph 19(1)(a)(ii), contravened section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] because it discriminated on the ground of

chirurgicale, laquelle était facultative, en ce sens que, bien qu’elle pût être nécessaire pour améliorer sa qualité de vie, il ne mourrait pas s’il ne la subissait pas. La Commission a conclu que les éléments de preuve portés à sa connaissance ne démontraient pas, selon la prépondérance des probabilités, que M. Singh refuserait de subir cette intervention maintenant ou dans un avenir prévisible et qu’il se contenterait des soins non chirurgicaux moins chers qu’il pouvait recevoir pour soulager son arthropathie.

[7] La Commission a par ailleurs conclu que, dans la «lettre d’équité» qu’il avait fait parvenir à M. Singh avant de rendre sa décision au sujet de la demande de visa, l’agent des visas avait exposé en détail les réserves formulées par les médecins, et notamment l’affirmation qu’il aurait besoin des soins d’un spécialiste et d’une «chirurgie d’arthroplastie totale des genoux». La lettre renfermait donc suffisamment d’éléments d’information pour donner à M. Singh une possibilité suffisante de fournir des éléments de preuve au sujet de son refus de subir l’intervention chirurgicale. En réponse à cette lettre, M. Singh a produit d’autres rapports médicaux sans toutefois déclarer qu’il refuserait de subir l’intervention en question.

[8] La Commission a également statué que son devoir d’équité n’obligeait pas l’agent des visas à informer M. Singh de l’existence du programme de garantie offert aux résidents du Manitoba qui parrainent des membres de leur famille qui projettent de s’installer dans cette province. Ce programme prévoit que les parrains peuvent fournir au ministère de la Santé provincial une lettre de crédit irrévocable pour garantir le coût des services de santé dont le parent qu’il parraine peut avoir besoin. La Commission a considéré que la capacité de M. Singh de payer tous les soins médicaux qu’il pourrait recevoir ne constituait pas un facteur pertinent.

[9] La Commission s’est aussi brièvement demandée si les dispositions de la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, en vertu desquelles M. Singh s’était vu refuser un visa, en l’occurrence le sous-alinéa 19(1)a)(ii), contrevenaient à l’article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, [L.R.C. (1985), appendice II

disability. It rejected the argument, since a person is refused a visa for medical inadmissibility, not simply because of a disability, but because of the excessive demands that the person's admission might thereby reasonably be expected to impose on health services in Canada.

C. THE TRIAL DIVISION'S DECISION

[10] In dismissing the application for judicial review of this decision, Muldoon J. seems to have held that a person may be found medically inadmissible when the prediction of "excessive demands" rests entirely on the costs of the services that the person is likely to require, and not on the fact that demand for the services in question already exceeds supply. He relied on *Yogeswaran v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 129 F.T.R. 151 (F.C.T.D.), at page 155; affirmed by (1999), 1 Imm. L.R. (3d) 177 (F.C.A.), as an example of a case of medical inadmissibility where the primary factor was cost. He also found that it was reasonable for the Board to conclude that Mr. Singh might elect surgery in the future as his condition deteriorates.

[11] As for the visa officer's alleged unfairness in not drawing Mr. Singh's attention to Manitoba's bonding program, Muldoon J. noted that visa applicants have the burden of establishing that they meet the qualifications for admission. Accordingly, the visa officer was not under a duty to advise Mr. Singh how he might overcome the "excessive demands" hurdle by drawing to his attention a program offered, not by Citizenship and Immigration Canada or any other federal agency, but by the Department of Health of the province of Manitoba. He also noted the paucity of evidence about the program, including its availability to Ms. Deol.

n° 44]] au motif qu'elles créent une discrimination fondée sur la déficience. Elle a écarté cet argument en expliquant que le refus de délivrer un visa à une personne au motif qu'elle n'est pas admissible au Canada pour des raisons d'ordre médical ne repose pas seulement sur une déficience, mais sur le fardeau excessif que l'admission de cette personne risquerait ainsi d'entraîner pour les services de santé du Canada.

C. LA DÉCISION DE LA SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE

[10] Il semble que, pour rejeter la demande de contrôle judiciaire dont il était saisi, le juge Muldoon a statué qu'une personne peut être jugée non admissible pour des raisons d'ordre médical lorsque les risques de «fardeau excessif» dépendent entièrement du coût des services dont l'intéressé aura probablement besoin, et non du fait que la demande relative aux services en question dépasse déjà l'offre. Le juge Muldoon a cité la décision *Yogeswaran c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 129 F.T.R. 151 (C.F. (1^{re} inst.), à la page 155; confirmée par (1999), 1 Imm. L.R. (3d) 177 (C.A.F.), à titre d'exemple d'un cas de non-admissibilité pour des raisons d'ordre médical où le facteur principal était le coût. Il a également conclu qu'il était raisonnable de la part de la Commission de conclure que M. Singh pouvait choisir de subir une intervention chirurgicale plus tard si son état se détériorait.

[11] Quant à la présumée entorse à la justice commise par l'agent des visas parce qu'il n'a pas signalé à l'attention de M. Singh l'existence du programme de garantie du Manitoba, le juge Muldoon a fait remarquer que c'est celui qui demande le visa qui a le fardeau de démontrer qu'il remplit les conditions requises pour pouvoir être admis au Canada. L'agent des visas n'était donc pas tenu d'informer M. Singh de la façon dont il pouvait surmonter l'obstacle du «fardeau excessif» en attirant son attention sur ce programme, qui était d'ailleurs offert non pas par Citoyenneté et Immigration Canada ou par un autre organisme fédéral, mais bien par le ministère de la Santé de la province du Manitoba. Il a également souligné l'insuffisance de la preuve sur ce programme, et notamment sur la possibilité pour M^{me} Deol de s'en prévaloir.

[12] Relying on *Choi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 98 F.T.R. 308 (F.C.T.D.), at page 315, Muldoon J. rejected the argument that the visa officer ought to have considered the ability of Mr. Singh or any member of his family to pay for the surgery. Once admitted to Canada, Mr. Singh would have the same right to access publicly funded health services as all other permanent residents. Moreover, by the time that the case reached the Board, the bonding program clearly did not provide an effective way of ensuring that any medical costs incurred by Mr. Singh did not come out of the public purse, because it was only available in the 60 days between the fairness letter and the visa refusal, a time that had, of course, long expired.

[13] As for the constitutional argument, Muldoon J. stated that persons residing abroad who are not Canadian citizens have no standing to rely on the Charter. Hence, the relevant question was whether the refusal to issue a visa to Mr. Singh on the ground that his admission to Canada was likely to cause "excessive demands" on health services in Canada infringed Ms. Deol's section 15 right to equality. After conducting the analysis prescribed in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, he held that it did not and, if it did, it was saved by section 1 as a reasonable limitation.

D. THE LEGISLATIVE FRAMEWORK

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

(a) persons who are suffering from any disease, disorder, disability or other health impairment as a result of the nature, severity or probable duration of which, in the opinion of a medical officer concurred in by at least one other medical officer,

...

[12] Invoquant le jugement *Choi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 98 F.T.R. 308 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 315, le juge Muldoon a rejeté l'argument que l'agent des visas aurait dû tenir compte de la capacité de M. Singh ou de tout autre membre de sa famille d'assumer les frais de l'intervention chirurgicale. Une fois admis au Canada, M. Singh aurait droit aux mêmes services de santé financés par l'État que tout autre résident permanent. De plus, au moment où la Commission a été saisie de l'affaire, le programme de garantie ne prévoyait de toute évidence pas de moyen efficace de s'assurer que les frais médicaux assumés par M. Singh ne proviennent pas des fonds publics, étant donné que M. Singh ne pouvait s'en prévaloir que pendant un court délai, à savoir les 60 jours écoulés entre l'envoi de la lettre d'équité et le refus du visa, un délai qui était évidemment expiré depuis longtemps.

[13] Quant à l'argument constitutionnel, le juge Muldoon a déclaré que les résidents étrangers qui ne sont pas citoyens du Canada n'ont pas la capacité d'invoquer la Charte. La question à se poser était donc celle de savoir si le refus de délivrer un visa à M. Singh au motif que son admission au Canada risquait d'entraîner un «fardeau excessif» pour les services sociaux au Canada portait atteinte au droit à l'égalité garanti à M^{me} Deol en vertu de l'article 15 de la Charte. Après avoir procédé à l'analyse prescrite par l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, le juge a statué que le refus en question n'enfreignait pas l'article 15 de la Charte et que, s'il l'enfreignait, il était protégé par l'article premier en tant que limite raisonnable.

D. LE CADRE LÉGISLATIF

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

a) celles qui souffrent d'une maladie ou d'une invalidité dont la nature, la gravité ou la durée probable sont telles qu'un médecin agréé, dont l'avis est confirmé par au moins un autre médecin agréé, conclut:

[...]

(ii) their admission would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services;

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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.

E. ISSUES AND ANALYSIS

[14] I have reordered and somewhat reformulated the certified questions in order to reflect the development of the arguments during oral submissions.

Issue 1 May a finding of “excessive demands” be based exclusively on the predicted additional cost of the health services that an applicant for permanent residence in Canada, if admitted, might reasonably be expected to require?

[15] In *Yogeswaran, supra*, McKeown J. seems only to have considered the cost of the special education required by a visa applicant’s dependent son in reaching his conclusion that the son’s admission would impose “more than normal” and, therefore, excessive demands on social services. While this Court affirmed *Yogeswaran, supra*, it did not expressly address this point. Accordingly, I do not regard it as determinative of the issue raised by counsel in this appeal.

[16] More recently, in *Pervez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 1420; [2001] F.C.J. No. 1948 (T.D.) (QL), Simpson J. stated at paragraph 14:

The applicant also argues that the Medical Officer’s report was unreasonable because it considered only the cost element of the excessive demand. However, given the high costs of dialysis and transplant surgery, it is my view that the report was sufficient when it addressed only cost. I should add that, had the Medical Officer addressed the availability of

(ii) soit que leur admission entraînerait ou risquerait d’entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé;

Charte canadienne des droits et libertés

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.

E. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

[14] J’ai quelque peu modifié l’ordre et la formulation des questions certifiées pour tenir compte de la façon dont les arguments ont été exposés au cours du débat.

Question 1 Une conclusion de «fardeau excessif» peut-elle être fondée exclusivement sur les coûts supplémentaires prévus que l’admission de la personne qui demande la résidence permanente au Canada risquerait d’entraîner?

[15] Il semble que, dans le jugement *Yogeswaran*, précité, le juge McKeown ait tenu seulement compte du coût de l’enseignement spécialisé dont le fils à charge du demandeur de visa aurait besoin pour conclure que l’admission du fils imposerait un fardeau «plus lourd que la normale» et, partant, un fardeau excessif pour les services sociaux. Bien qu’elle ait confirmé le jugement *Yogeswaran*, notre Cour n’a pas explicitement abordé ce point. Par conséquent, j’estime que ce jugement n’a pas pour effet de trancher la question soulevée par l’avocat dans le présent appel.

[16] Plus récemment, dans le jugement *Pervez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2001 CFPI 1420; [2001] A.C.F. n° 1948 (1^{re} inst.) (QL), le juge Simpson a déclaré ce qui suit, au paragraphe 14:

Le demandeur prétend en outre que le rapport du médecin agréé n’était pas raisonnable parce qu’il ne prenait en compte que l’aspect monétaire du fardeau excessif. Cependant, étant donné les coûts élevés de la dialyse et d’une transplantation, je suis d’avis qu’il était suffisant que le rapport ne traite que de l’aspect monétaire. Je devrais ajouter que je suis certaine

transplant and dialysis services, I am confident that his conclusion about excessive demand would not have changed.

[17] In her reasons, Simpson J. did not refer to the cases decided in the Trial Division that counsel for Ms. Deol says establish that cost alone cannot constitute excessive demands and should be followed in this case. Before examining these decisions, I should note that section 22 of the *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, purports to prescribe a non-exhaustive list of factors to be considered by medical officers in determining whether a person is medically inadmissible. These factors include limitations on the supply of the health services likely to be required by an applicant for a permanent residence visa, but not, explicitly, their cost.

[18] However, it was held in *Ismaili v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 100 F.T.R. 139 (F.C.T.D.), that the Minister has no statutory power to enact regulations dealing with medical inadmissibility on the ground of excessive demands, but only on the ground of public health and safety. Thus, there is no statutory definition of “excessive demands”. The correctness of *Ismaili, supra*, is not challenged in this appeal. Accordingly, it is important to treat with care “excessive demands” cases decided before *Ismaili, supra*, which relied on section 22, including *Jim v. Canada (Solicitor General)* (1993), 69 F.T.R. 252 (F.C.T.D.).

[19] Of the cases decided after *Ismaili, supra*, counsel for Ms. Deol relies particularly on *Poon v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 198 F.T.R. 56 (F.C.T.D.), at paragraph 21, where Pelletier J. (as he then was) said:

que la conclusion du médecin agréé quant au fardeau excessif, s’il avait traité de la disponibilité d’une transplantation et de la dialyse, aurait été la même.

[17] Dans ses motifs, le juge Simpson n’a pas cité la jurisprudence de la Section de première instance qui, selon l’avocat de M^{me} Deol, établit que le coût à lui seul ne permet pas de conclure à l’existence d’un fardeau excessif et que cette jurisprudence devrait être suivie en l’espèce. Avant d’examiner cette jurisprudence, je tiens à signaler que l’article 22 du *Règlement sur l’immigration de 1978*, DORS/78-172, propose une liste non exhaustive de facteurs dont les médecins sont censés tenir compte pour décider si la personne qui demande un visa de résidence permanente n’est pas admissible pour des raisons d’ordre médical. Parmi ces facteurs, mentionnons la question de savoir si la prestation de services de santé dont cette personne peut avoir besoin au Canada est limitée. Le Règlement ne parle cependant pas expressément du coût de ces services.

[18] La Cour a toutefois statué, dans le jugement *Ismaili c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (1995), 100 F.T.R. 139 (C.F. 1^{re} inst.), que la loi ne confère pas au ministre le pouvoir de prendre des règlements portant sur la non-admissibilité pour des raisons de santé liées à l’existence d’un fardeau excessif, mais uniquement de prendre des règlements relatifs à la non-admissibilité pour des motifs de santé et de sécurité publiques. Ainsi, la loi ne définit pas l’expression «fardeau excessif». Le bien-fondé du jugement *Ismaili*, précité, n’est pas contesté dans le présent appel. En conséquence, il est important d’examiner attentivement les décisions sur le «fardeau excessif» qui ont été rendues avant le jugement *Ismaili*, précité, sur le fondement de l’article 22, y compris le jugement *Jim c. Canada (Solliciteur général)* (1993), 69 F.T.R. 252 (C.F. 1^{re} inst.).

[19] Parmi les décisions rendues après le jugement *Ismaili*, précité, l’avocat de M^{me} Deol invoque notamment le jugement *Poon c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (2000), 198 F.T.R. 56 (C.F. 1^{re} inst.), dans lequel, au paragraphe 21, le juge Pelletier (maintenant juge à la Cour d’appel) déclare ce qui suit:

Cost alone cannot be the determining factor. If it were, one would expect the statute and the regulations to refer to excessive cost instead of excessive demand.

This view of the applicable law has been followed recently in *Manto v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 205 F.T.R. 165 (F.C.T.D.), at paragraphs 28-29.

[20] However, on closer examination these cases do not seem to me to decide that a person who requires an expensive but low demand service is not for that reason medically inadmissible. Rather, they are authority for the more limited proposition that, since both cost and availability are relevant to determining the existence of excessive demands, the record must indicate that evidence relating to both factors was considered by the medical officer. Other cases relied on in this manner by counsel for Ms. Deol also seem to me to make this point: *Fei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 F.C. 274 (T.D.); *Shan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 153 F.T.R. 238 (F.C.T.D.).

[21] *Pervez, supra*, may be difficult to reconcile with these cases in that Simpson J. specifically stated that it was unnecessary for the medical report to go beyond the question of cost. However, she was also prepared to conclude that, on the facts before her, a consideration of availability would not have changed the decision.

[22] In my opinion, cost alone can constitute “excessive demands” under subparagraph 19(1)(a)(ii). In *Poon, supra*, at paragraph 21, Pelletier J. agreed that, even though not mentioned in the Act or the Regulations, cost is a relevant consideration. The “excessive demands” limb of medical inadmissibility expresses a legislative concern to protect from unusually high demands the public resources devoted to health care.

Le coût à lui seul ne peut être un facteur déterminant. Si c'était le cas, on s'attendrait à ce que les lois et les règlements fassent mention du coût excessif plutôt que du fardeau excessif.

Cette conception des règles de droit applicables a récemment été suivie dans le jugement *Manto c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2001), 205 F.T.R. 165 (C.F. 1^{re} inst.), aux paragraphes 28 et 29.

[20] Il me semble toutefois, en y regardant de plus près, que, dans ces décisions, la Cour n'a pas décidé qu'une personne qui a besoin de services qui coûtent cher mais pour lesquels la demande est faible n'est pas pour cette raison non admissible pour des raisons d'ordre médical. Ces décisions constituent plutôt des précédents qui appuient la proposition plus limitée suivant laquelle, étant donné qu'il y a lieu de tenir compte à la fois des coûts et de la disponibilité des services pour décider s'il existe un fardeau excessif, le dossier doit démontrer que le médecin a examiné des éléments de preuve se rapportant à ces deux facteurs. Les autres décisions citées par l'avocat de M^{me} Deol semble aller dans le même sens: *Fei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 C.F. 274 (1^{re} inst.); *Shan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 153 F.T.R. 238 (C.F. 1^{re} inst.).

[21] Il est peut-être difficile de concilier le jugement *Pervez*, précité, avec ces décisions, car le juge Simpson y déclare expressément qu'il est inutile que le rapport médical aille plus loin que la question des coûts. Elle s'est toutefois également dite prête à conclure, au vu des faits portés à sa connaissance, qu'un examen de la question de la disponibilité n'aurait rien changé à sa décision.

[22] À mon avis, les frais peuvent, à eux seuls, constituer un «fardeau excessif» au sens du sous-alinéa 19(1)a)(ii). Dans le jugement *Poon* (précité, au paragraphe 21), le juge Pelletier a convenu que, même s'ils ne sont pas mentionnés dans la Loi ou le Règlement, les coûts constituent un facteur pertinent. Le volet du critère de la non-admissibilité pour des raisons d'ordre médical qui se rapporte au «fardeau excessif» témoigne de la volonté du législateur de protéger les

[23] In addition, I would note that the statutory phrase is “excessive demands”, not “excessive demand”. The singular, “excessive demand”, might well have been regarded as the correlative of “inadequate supply”. However, it requires no linguistic stretch to interpret the plural, “excessive demands”, as including both the cost and the availability of health services that a visa applicant is likely to require if admitted to Canada.

[24] Moreover, it is unrealistic to regard cost and availability as unconnected. If enough people need expensive but low demand health services, resources may have to be diverted from other services for which demand is higher, thereby creating or lengthening waiting lists for those services. Alternatively, an increased demand for a particular service may prevent the reallocation of funds to services that are in short supply.

[25] Be all that as it may, evidence before the Board in the case at bar from Dr. Walter G. Waddell, a medical officer with Citizenship and Immigration Canada, Immigration Health Services, stated that a patient requiring total knee replacement surgery in Manitoba could expect to wait for between eight and twenty months for the operation. An orthopaedic surgeon, Dr. Farid Sharif, testified before the Board that waiting lists in Canada for this surgery vary from three to eighteen months. The admission of Mr. Singh might thus delay others’ access to this kind of surgery.

[26] Hence, when both cost and availability are considered, it was clearly open to the Board to conclude on the evidence that it was reasonable for the visa officer to conclude that, if admitted as a permanent resident, Mr. Singh’s demands for health services were likely to be excessive. Accordingly, there is no basis for interfering with this aspect of the decision on an

ressources publiques consacrées aux soins de la santé contre toute demande exceptionnellement lourde.

[23] Je tiens par ailleurs à signaler que l’expression que l’on trouve dans la Loi est «fardeau excessif» et non «demande excessive». L’expression «demande excessive» aurait bien pu être considérée comme le pendant de l’expression «offre insuffisante». Or, on peut, sans forcer le sens des mots, interpréter l’expression «fardeau excessif» comme englobant à la fois les coûts et la disponibilité des services de santé dont un demandeur de visa aura probablement besoin s’il est admis au Canada.

[24] De plus, il serait irréaliste de dissocier les coûts de la disponibilité. Si un nombre suffisant de personnes nécessitent des services de santé qui coûtent cher mais qui font l’objet d’une faible demande, il se peut qu’on doive réaffecter des ressources déjà consacrées à d’autres services pour lesquels la demande est plus élevée, créant ou allongeant ainsi la liste d’attente pour ces services. Il est également possible qu’une demande accrue pour un service déterminé empêche la redistribution de ressources en faveur de services pour lesquels il existe une pénurie.

[25] Quoiqu’il en soit, suivant la preuve soumise à la Commission en l’espèce par le D^r Walter G. Waddell, qui travaille pour les Services de santé de l’immigration à Citoyenneté et Immigration Canada, un patient nécessitant une arthroplastie totale des genoux au Manitoba pouvait avoir à attendre entre huit et vingt mois avant de subir cette opération. Un chirurgien orthopédiste, le D^r Farid Sharif, a témoigné devant la Commission qu’au Canada, les listes d’attente pour ce type d’intervention chirurgicale varient de trois à dix-huit mois. L’admission de M. Singh pourrait donc retarder l’accès d’autres personnes à ce type d’opération.

[26] Ainsi, si l’on tient compte à la fois des coûts et de la disponibilité, il était de toute évidence loisible à la Commission de conclure, vu l’ensemble de la preuve, qu’il était raisonnable de la part de l’agent des visas de conclure que, s’il était admis comme résident permanent, M. Singh aurait probablement besoin de services de santé qui entraîneraient un fardeau excessif

application for judicial review.

Issue 2 Did the Board err in law in concluding that the appellant's father's demands for health services are likely to be excessive when it equated "excessive demands" with demands that are more than normal, and determined normal demands by reference to the average *per capita* cost of health services for the Canadian population as a whole?

[27] The appellant's argument is that, to the extent that the excessiveness of a visa applicant's anticipated demands for health services depends on the cost of the services that the applicant is likely to use, that cost is only excessive if it exceeds the average *per capita* cost of health services consumed by that section of the Canadian population in the same age bracket as the applicant. Since older people consume on average more health services than adolescents, or young or middle-aged adults, it is irrational to determine normal demands by reference to the average *per capita* cost of the health services consumed by members of the population at large.

[28] Indeed, counsel observed that the medical notification form used by medical officers appears to measure an individual's anticipated demands by reference to the individual's age range. Thus, the coding D1 on the medical profile is explained to mean "Demand not likely to be more than that made by the average Canadian resident of his age group." Since there was no evidence before the Board of the average *per capita* health costs, either of Canadian residents as a whole or of those in their late 60s, counsel submitted that it was not in law open to the Board to conclude that a \$40,000 operation so far exceeded normal demands as to be excessive.

pour le Canada. En conséquence, rien ne justifie de modifier cet aspect de la décision dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire.

Question 2 La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que les services de santé dont le père de l'appelante aurait besoin risqueraient d'entraîner un fardeau excessif lorsqu'elle a défini le «fardeau excessif» comme un fardeau supérieur à la normale et lorsqu'elle a défini la «demande normale» en fonction du coût *per capita* moyen des services de la santé pour la population canadienne dans son ensemble?

[27] L'argument de l'appelante est que, dans la mesure où le fardeau excessif que l'admission d'un demandeur de visa risque d'entraîner en raison des services de santé dont il est susceptible d'avoir besoin dépend du coût des services qu'il est susceptible d'utiliser, ces coûts représentent un fardeau excessif seulement s'ils dépassent le coût *per capita* moyen des services de santé pour la tranche de la population canadienne qui se situe dans le même groupe d'âge que le demandeur de visa en question. Comme les personnes âgées recourent en moyenne davantage aux services de santé que les adolescents ou que les jeunes adultes ou les gens d'âge moyen, il est illogique de définir la demande normale en fonction des coûts *per capita* moyens des services de santé utilisés par la population en général.

[28] D'ailleurs, l'avocat fait remarquer que le formulaire d'avis médical utilisé par les médecins semble mesurer la demande prévue de l'intéressé en fonction de sa tranche d'âge. Ainsi, on trouve dans le profil médical les explications suivantes au sujet du code D1: «Demande non susceptible d'être plus élevée que celle du résident canadien moyen faisant partie de son groupe d'âge». L'avocat fait valoir que, comme aucune preuve n'a été présentée à la Commission au sujet des coûts de la santé *per capita* moyens de l'ensemble des Canadiens ou de ceux qui sont dans la soixantaine avancée, il n'était pas loisible en droit à la Commission de conclure qu'une opération chirurgicale de 40 000 \$ dépassait à tel point la normale pour devoir être considérée comme un fardeau excessif.

[29] Counsel for the Minister, on the other hand, urged the Court to confirm that “excessive demands” means more than normal and that normal demands should be measured by reference to the population as a whole over a period of five consecutive years, or ten if significant costs are likely to be incurred beyond that period.

[30] On the first point, I agree with previous Trial Division decisions that have held that “excessive” demands for social or health services are those that exceed normal demands, provided that the margin is significant. What is “significant” in this context calls for an assessment of all the circumstances.

[31] As for the appropriate measure of normal demands, I agree in principle with counsel for Ms. Deol that, when cost is the issue, normal demands should be related to that section of the Canadian population in the same age group as the applicant. Otherwise, a healthy person might be found to be medically inadmissible simply because she or he was in an age group whose members’ *per capita* average health care costs are significantly in excess of those of the population as a whole.

[32] Such a result would seem inconsistent with the statutory objective set out in paragraph 3(c) of the Act of promoting family reunification in Canada, including parents, and would discount the social and economic benefits of admitting sponsored family members. Indeed, considerations of this kind presumably explain why the medical notification form calls for an assessment of whether an applicant’s demands for services are likely to exceed those of the average for the applicant’s age group in Canada.

[33] The only evidence in the record of “normal” is contained in cross-examination on an affidavit sworn for the purpose of this appeal by Dr. Kerry Kennedy, a

[29] En revanche, l’avocate du ministre exhorte la Cour à confirmer que, par «fardeau excessif», il faut entendre un fardeau supérieur à la normale et que le fardeau normal devrait se mesurer en fonction de l’ensemble de la population sur une période de cinq années consécutives ou de dix années, si des coûts importants risquent d’être engagés après cette période.

[30] Sur le premier point, je souscris aux premières décisions dans lesquelles la Section de première instance a jugé que, par «fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé», il faut entendre un fardeau supérieur à la normale, à condition que l’écart avec la normale soit significatif. Pour déterminer ce qui constitue un écart «significatif» dans ce contexte, il faut tenir compte de toutes les circonstances de l’espèce.

[31] Pour ce qui est de la mesure acceptable du fardeau normal, je suis d’accord avec l’avocat de M^{me} Deol pour dire que, lorsque la question qui se pose est celle des coûts, le fardeau normal devrait être mesuré en fonction du segment de la population canadienne qui se situe dans le même groupe d’âge que la personne qui demande l’admission au Canada. Sinon, une personne qui jouit d’une bonne santé pourrait être déclarée non admissible pour des raisons d’ordre médical du simple fait qu’elle appartient à une tranche d’âge pour laquelle les coûts *per capita* moyens des services de santé dépassent de beaucoup ceux de la population dans son ensemble.

[32] Un tel résultat irait à l’encontre de l’objectif de réunification des familles—et notamment des proches parents—au Canada qui est énoncé à l’alinéa 3c) de la Loi, et sous-estimerait les avantages sociaux et économiques que comporte l’admission des membres d’une même famille qui sont parrainés. D’ailleurs, ce sont vraisemblablement des considérations de cet ordre qui expliquent pourquoi le formulaire d’avis médical oblige le médecin à déterminer si la demande de services médicaux du demandeur est susceptible d’être plus forte que celle du résident canadien moyen faisant partie de son groupe d’âge.

[33] Le seul élément de preuve que l’on trouve au dossier au sujet de la notion de «fardeau normal» se retrouve dans le contre-interrogatoire que le D^r Kerry

senior medical officer of health with Citizenship and Immigration, Medical Services Branch. He stated that the average *per capita* cost of health care for the population of Canada at large is \$12,000 over a period of five years. There was no evidence at all before the Board on this issue.

[34] Nonetheless, for the following reasons the absence of evidence of the average *per capita* health care costs incurred by Canadian residents aged between 65 and 70 is not, in my opinion, material in this case.

[35] First, given his other health problems, Mr. Singh might reasonably be expected to incur the average *per capita* health care costs of Canadian residents in his age range, even if he did not have knee surgery. While by no means rare, total knee replacement surgery is by no means typical for people in their late 60s and hence its cost is not fully reflected in the average *per capita* cost of the health services consumed by that section of the public. Therefore, it is not necessary to know what average *per capita* health care costs in fact are for this age group in order to predict that, if Mr. Singh has the surgery, his costs will significantly exceed the average.

[36] Second, the selection of an appropriate comparator group is only relevant in so far as medical inadmissibility depends on cost. In this case, in addition to the cost of the health services likely to be required by Mr. Singh, there was evidence before the Board of a waiting list in Manitoba for total knee replacement surgery. The estimated waiting time ranged from three to twenty months. In my opinion, this was sufficient to enable the Board to conclude that there was a rational basis for the medical officers' opinion that the admission of Mr. Singh might reasonably be expected to cause excessive demands on health services.

Kennedy a subi au sujet de l'affidavit qu'il avait souscrit aux fins du présent appel. Le D^r Kennedy, qui est médecin principal à la Direction générale des services médicaux au ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration, a déclaré que le coût moyen des soins de santé *per capita* pour la population du Canada dans son ensemble s'établissait à 12 000 \$ sur une période de cinq ans. Aucun élément de preuve n'a été porté à l'attention de la Commission sur ce point.

[34] J'estime toutefois, pour les motifs qui suivent, que l'absence de preuve quant aux coûts de santé moyens *per capita* pour les résidents canadiens âgés entre 65 et 70 ans est sans incidence en l'espèce.

[35] Premièrement, compte tenu de ses autres problèmes de santé, on risquerait de devoir déboursier en soins de santé pour M. Singh des coûts qui correspondent aux coûts moyens *per capita* des résidents canadiens de sa tranche d'âge, même s'il ne devait pas se faire opérer aux genoux. Bien qu'elle ne soit pas rare, l'arthroplastie totale des genoux est loin d'être une intervention courante chez les gens qui sont dans la soixantaine avancée, de sorte qu'il n'est pas pleinement tenu compte des coûts entraînés par une telle opération dans le calcul des coûts moyens *per capita* des services de santé utilisés par cette tranche de la population. Il n'est donc pas nécessaire de connaître en fait le coût moyen *per capita* des soins de la santé pour ce groupe d'âge pour pouvoir prédire que, si M. Singh subit l'intervention chirurgicale en question, ses coûts seront de beaucoup supérieurs à la moyenne.

[36] En second lieu, le choix du groupe de comparaison approprié ne joue un rôle que dans l'hypothèse où la non-admissibilité pour des raisons d'ordre médical dépend des coûts. Or, en l'espèce, en plus du coût des services de santé dont M. Singh aurait probablement besoin, la Commission disposait d'éléments de preuve au sujet de l'existence d'une liste d'attente au Manitoba pour les personnes devant subir une arthroplastie totale des genoux. La durée prévue d'attente était de trois à vingt mois. À mon avis, ce facteur était suffisant pour permettre à la Commission de conclure que l'avis des médecins suivant lequel l'admission de M. Singh au Canada risquait d'entraîner un fardeau excessif pour les services de santé reposait sur un fondement rationnel.

[37] Hence, the absence of evidence before the Board on what are normal health care costs does not warrant the intervention of the Court.

Issue 3 Is it relevant to a determination that the admission of a person is likely to cause excessive demands on health services in Canada that the person has elected not to have the non-essential surgery indicated by his condition?

[38] In determining what health services Mr. Singh would likely consume if admitted to Canada, the Board seems to have regarded as a relevant consideration whether he had elected to forego surgery. I agree that this is a relevant consideration. However, I also agree with the Board that evidence that an applicant may not elect to have surgery cannot be determinative of the demands that the individual's admission might reasonably be expected to cause on health services. No one can waive the right of access in the future to whatever publicly funded health services they need.

[39] Determining what health services a person is likely to use after being admitted to Canada requires an assessment of all the circumstances, particularly the medical evidence. The Board reviewed the evidence in this case from this perspective, and concluded that there was insufficient evidence that Mr. Singh would refuse surgery now or in the future. It was entirely reasonable for the Board to find that, as Mr. Singh's already advanced degenerative condition deteriorated, his need for the surgery would become sufficiently pressing that he was likely to have it within five years of his admission.

[40] Counsel for Ms. Deol submitted that the Board erred because it asked whether Mr. Singh was likely to

[37] Ainsi, l'absence d'éléments de preuve portés à la connaissance de la Commission au sujet de ce qu'il faut entendre par «coûts de soins de la santé normaux» ne justifie pas l'intervention de la Cour.

Question 3 Le fait que l'intéressé a refusé de subir l'intervention chirurgicale facultative indiquée dans son cas est-il pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer si son admission au Canada risque d'entraîner un fardeau excessif pour les services de la santé au Canada?

[38] Il semble que, pour déterminer quels services de la santé M. Singh utiliserait probablement s'il était admis au Canada, la Commission a considéré comme un facteur pertinent le fait qu'il avait choisi de renoncer à l'intervention chirurgicale. Je suis d'accord pour dire qu'il s'agit là d'un facteur pertinent. Je conviens par ailleurs aussi avec la Commission que les éléments de preuve selon lesquels un demandeur de visa peut choisir de ne pas subir une intervention chirurgicale ne saurait constituer un facteur déterminant pour décider si l'admission de cette personne au Canada risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services de santé. On ne peut renoncer pour l'avenir au droit de se prévaloir des services de santé financés à même les fonds publics dont on pourrait avoir besoin.

[39] Pour déterminer quels services de santé une personne est susceptible d'utiliser après son admission au Canada, il faut apprécier l'ensemble des circonstances, en particulier la preuve médicale. La Commission a examiné la preuve administrée en l'espèce dans cette optique et elle a conclu qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour pouvoir conclure que M. Singh refuserait une intervention chirurgicale maintenant ou plus tard. Il était tout à fait raisonnable de la part de la Commission de conclure que, comme la maladie dégénérative dont il souffrait était déjà à un stade avancé et que son état continuait à se détériorer, son besoin d'intervention chirurgicale deviendrait suffisamment pressant pour qu'il se fasse probablement opérer dans les cinq années de son admission au Canada.

[40] L'avocat de M^{me} Deol affirme que la Commission a commis une erreur parce qu'elle s'est

refuse elective surgery, rather than whether he was likely not to elect to have it. I must say that I cannot see that the choice between these formulations is a matter of much moment to the Board's conclusion on the key question: might it reasonably be expected that, if admitted, Mr. Singh would have total knee replacement surgery in Canada?

Issue 4 Did the Board err in finding that the visa officer did not breach the duty of fairness in failing to disclose the availability of a provincial bonding program, under which sponsors resident in Manitoba may, in effect, guarantee to reimburse the Province for medical costs incurred by a sponsored family member planning to live in Manitoba?

[41] Counsel's argument on this issue was that the officer ought to have informed Mr. Singh about Manitoba's bonding program. He submitted that, if the "fairness letter" had contained this information, Ms. Deol could have approached Manitoba's Department of Health with a view to posting an irrevocable letter of credit as security for the medical expenses incurred for treating Mr. Singh's condition. The 60 days within which a person may reply to the fairness letter with additional material was the window of opportunity for posting a letter of credit. If she had been able to enter into such an arrangement, Mr. Singh's admission could not reasonably have been expected to cause excessive demand on health services in Canada and he, and other members of the family, would have been issued visas.

[42] In my view, the duty of fairness does not require a visa officer to disclose the existence or details of the Manitoba bonding program. At common law, an administrative decision-maker may be required as a matter of fairness to disclose for comment by the person affected information on which an adverse decision may be based. This enables the individual to know and answer the case that she or he must meet. This is not, of course, the situation here. The existence of the Manitoba

demandée si M. Singh était susceptible de refuser une intervention chirurgicale facultative au lieu de se demander s'il choisissait probablement de ne pas la subir. Je dois avouer que je ne vois pas en quoi le choix entre ces deux formules a une grande incidence sur la conclusion de la Commission sur la question clé, en l'occurrence la question de savoir si l'on pouvait raisonnablement s'attendre que, s'il était admis, M. Singh subirait une arthroplastie totale des genoux au Canada.

Question 4 La Commission a-t-elle commis une erreur en concluant que l'agent des visas n'avait pas manqué à son devoir d'équité en ne révélant pas l'existence d'un programme de garantie provincial aux termes duquel les répondants qui résident au Manitoba peuvent s'engager à rembourser à la province les frais médicaux engagés par un membre parrainé de la famille qui prévoit vivre au Manitoba?

[41] L'argument de l'avocat sur cette question est que l'agent aurait dû informer M. Singh au sujet de l'existence du programme de garantie. Il affirme que, si la «lettre d'équité» avait contenu ce renseignement, M^{me} Deol aurait pu entreprendre des démarches auprès du ministère de la Santé du Manitoba en vue de soumettre une lettre de crédit irrévocable pour garantir les frais médicaux engagés pour soigner M. Singh. Le délai de 60 jours imparti à l'intéressé pour répondre à la lettre d'équité en produisant des éléments supplémentaires constituait la période propice pour le dépôt d'une lettre de crédit. Si M^{me} Deol avait été en mesure de conclure une telle entente, l'admission de M. Singh n'aurait pas risqué d'entraîner un fardeau excessif pour les services de la santé au Canada et il aurait, avec d'autres membres de sa famille, pu obtenir les visas nécessaires.

[42] À mon avis, le devoir d'équité n'obligeait pas l'agent des visas à dévoiler l'existence du programme de garantie du Manitoba ou à en divulguer les détails. En common law, l'auteur d'une décision administrative peut être tenu, pour respecter l'équité, de divulguer à la personne touchée les éléments d'information sur lesquels une décision défavorable peut être fondée pour que cette personne formule ses commentaires à cet égard. L'intéressé est ainsi en mesure de connaître les

program, and its possible availability to Ms. Deol and her family, simply were not factors in the decision to refuse a visa to Mr. Singh on the ground of medical inadmissibility.

[43] While the duty to disclose may sometimes require the disclosure of information, even though it does not form the basis of the decision, fairness did not require the visa officer to go the extra mile to provide information about the Manitoba program that might have assisted Mr. Singh to establish that his admission would not cause excessive demands on health services in Canada.

[44] First, the content of the duty of fairness owed by a visa officer is at the low end of the range: *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 297 (C.A.), at paragraph 41. Second, subsection 8(1) of the Act places on applicants the burden of establishing eligibility for a visa. Third, the information at issue in this case did not concern a federal program and there was no evidence that details of the Manitoba program were not available to the public.

[45] Fourth, the duty to disclose applies to information that is clearly of potential relevance to a decision. It is not at all certain that the program would have been relevant to the visa officer's decision. For one thing, it only applies to health services provided in Manitoba; thus, if Mr. Singh had moved to Ontario any medical costs would have been borne by the Ontario Health Insurance Plan and could not have been recouped from Ms. Deol. And, for another, it was unclear from the evidence before the Board whether the bonding program applied, not only to persons admitted on Minister's permits on humanitarian and compassionate grounds, but also to those entering Canada as permanent residents. Moreover, the existence of the program is not relevant to "excessive demands" concerns arising from a shortage of supply of the health service required by the

éléments de preuve auxquels il doit répondre et d'y répondre. Tel n'est évidemment pas le cas en l'espèce. L'existence du programme du Manitoba et la possibilité pour M^{me} Deol et sa famille de s'en prévaloir ne sont tout simplement pas des facteurs qui entrent en jeu lorsqu'il s'agit de décider de refuser de délivrer un visa à M. Singh pour cause de non-admissibilité pour des raisons d'ordre médical.

[43] Bien que l'obligation de divulgation puisse parfois exiger la communication de certains renseignements, même si ceux-ci ne font pas partie des motifs de la décision, l'équité n'obligeait pas en l'espèce l'agent des visas à aller jusqu'à fournir aux intéressés des renseignements au sujet du programme du Manitoba qui auraient pu aider M. Singh à démontrer que son admission n'entraînerait pas de fardeau excessif pour les services de la santé au Canada.

[44] Premièrement, le contenu du devoir d'équité auquel est tenu l'agent des visas se trouve à l'extrémité inférieure du registre (*Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 297 (C.A.), au paragraphe 41). Deuxièmement, le paragraphe 8(1) de la Loi impose aux demandeurs de visa le fardeau d'établir qu'ils ont droit au visa qu'ils réclament. Troisièmement, les renseignements en question en l'espèce ne concernaient pas un programme fédéral et rien ne permet de penser que les détails du programme du Manitoba étaient publics.

[45] Quatrièmement, l'obligation de divulguer s'applique aux renseignements qui sont nettement susceptibles d'être utiles pour rendre la décision. Or, il est loin d'être certain que le programme aurait aidé l'agent des visas à prendre sa décision. D'une part, le programme ne vaut que pour les services de santé offerts au Manitoba, de sorte que si M. Singh était allé s'installer en Ontario, les frais médicaux auraient été en entier supportés par le Régime d'assurance-maladie de l'Ontario et la province n'aurait pas pu les récupérer de M^{me} Deol. D'autre part, les éléments de preuve portés à la connaissance de la Commission ne permettaient pas de savoir avec certitude si le programme de garantie s'appliquait non seulement aux personnes admises grâce à des permis délivrés par le ministre pour des raisons d'ordre humanitaire, mais aussi à ceux qui entrent au

visa applicant.

Issue 5 Did the Board err in law in failing to have regard to the financial ability of the applicant or members of her family to pay for the cost of surgery that might be recommended for Mr. Singh?

[46] In my opinion, it did not. As has been held in several previous cases, it is not possible to enforce a personal undertaking to pay for health services that may be required after a person has been admitted to Canada as a permanent resident, if the services are available without payment. The Minister has no power to admit a person as a permanent resident on the condition that the person either does not make a claim on the health insurance plans in the provinces, or promises to reimburse the costs of any services required. See, for example, *Choi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, *supra*, at paragraph 30; *Cabaldon v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 140 F.T.R. 296 (F.C.T.D.) at paragraph 8; *Poon*, *supra*, at paragraphs 18-19.

[47] Counsel argued that, because of Manitoba's bonding program, these cases have a limited application when the sponsor is a resident of Manitoba, and the immigrant is destined for that province. Since a posted letter of credit would have made Ms. Deol legally liable for the cost of the health services delivered to Mr. Singh, the visa officer ought to have taken into account her ability to pay.

[48] I do not accept this argument. First, it was not a point put to the officer and visa applicants have the burden of establishing that they qualify for a visa. Second, even if Ms. Deol qualified under the Manitoba program, the letter of credit would not apply to medical expenses incurred in another province. Third, to the

Canada à titre de résidents permanents. De plus, l'existence du programme est sans rapport avec les préoccupations relatives au «fardeau excessif» que pourrait entraîner une pénurie dans les services de santé requis par le demandeur de visa.

Question 5 La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en ne tenant pas compte de la capacité de la demanderesse ou des membres de sa famille de payer le coût de l'intervention chirurgicale qui pouvait être recommandée dans le cas de M. Singh?

[46] À mon avis, la Commission n'a pas commis d'erreur sur ce point. Ainsi qu'il a déjà été jugé dans plusieurs décisions, il n'est pas possible de faire respecter un engagement personnel de payer les services de santé qui peuvent être nécessaires après que l'intéressé a été admis au Canada en tant que résident permanent si les services peuvent être obtenus sans obligation de paiement. Le ministre n'a pas la faculté d'assujettir l'admission d'une personne au Canada à titre de résident permanent à la condition que cette personne ne demande pas de remboursement du régime d'assurance-maladie de la province ou qu'elle promette de rembourser le coût de tout service utilisé (voir, par exemple, les jugements *Choi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, au paragraphe 30; *Cabaldon c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 140 F.T.R. 296 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 8; et *Poon*, précité, aux paragraphes 18 et 19).

[47] L'avocat soutient qu'à cause du programme de garantie du Manitoba, ces décisions ont une application limitée lorsque le répondant est un résident du Manitoba et que l'immigrant prévoit s'établir dans cette province. Étant donné que le dépôt d'une lettre de crédit rendrait M^{me} Deol légalement responsable du coût des services de santé fournis à M. Singh, l'agent des visas aurait dû tenir compte de la capacité de payer de M^{me} Deol.

[48] Je n'accepte pas cet argument. Premièrement, cette thèse n'a pas été défendue devant l'agent des visas et les demandeurs de visas ont la charge d'établir qu'ils remplissent les conditions requises pour obtenir le visa. Deuxièmement, même si M^{me} Deol satisfaisait aux exigences du programme du Manitoba, la lettre de crédit

extent that Mr. Singh was found to be medically inadmissible under subparagraph 19(1)(a)(ii) because of his expected demands for services that are in short supply, the existence of the bonding program is irrelevant. Fourth, since Ms. Deol had not applied to be covered by the bonding program before the visa officer refused the visa, and could not avail herself of it later, its existence was irrelevant to the decision of both the officer and the Board.

Issue 6 Did the Board err in holding that it is not a violation of section 15 of the Charter to refuse a visa on the ground that the applicant suffered from a disability?

[49] Counsel for Ms. Deol submitted that subparagraph 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act* is of no force or effect in so far as it renders a person inadmissible on the ground of disability. Physical disability is, he pointed out, one of the grounds on which section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* expressly prohibits discrimination and Parliament's limitation of the right to be free from discrimination on the ground of disability in this statutory context cannot be justified under section 1.

[50] Counsel for the appellant was prepared to concede for the purpose of this appeal that, as Muldoon J. found, the protection of the Charter does not apply to Mr. Singh in his dealing with the Canadian government abroad. I shall proceed on this assumption. Nonetheless, he submitted, as the daughter of a father with a physical disability, Ms. Deol is able to invoke the prohibition in section 15 of the Charter of discrimination based on disability. Ms. Deol was treated less favourably than a sponsor whose father does not have a physical disability.

ne vaudrait pas pour les frais médicaux engagés dans une autre province. Troisièmement, dans la mesure où M. Singh est déclaré non admissible pour des raisons d'ordre médical en vertu du sous-alinéa 19(1)(a)(ii) à cause de la pénurie de services de santé dont on prévoit qu'il aura besoin, l'existence du programme de garantie devient sans objet. Quatrièmement, étant donné que M^{me} Deol n'avait pas demandé d'être visée par le programme de garantie avant que l'agent des visas ne refuse de délivrer le visa et comme elle ne pouvait pas s'en prévaloir par la suite, l'existence de ce programme ne pouvait jouer aucun rôle tant en ce qui concerne la décision de l'agent des visas que celle de la Commission.

Question 6 La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en statuant que l'agent des visas qui refuse de délivrer un visa au motif que la personne qui réclame ce visa souffre d'une déficience n'enfreint pas l'article 15 de la Charter?

[49] L'avocat de M^{me} Deol fait valoir que le sous-alinéa 19(1)(a)(ii) de la *Loi sur l'immigration* est inopérant dans la mesure où il rend une personne non admissible au Canada en raison d'une déficience. Il souligne que la déficience physique est l'un des motifs de discrimination expressément interdits à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que la limite apportée par le législateur au droit d'être protégé contre toute discrimination fondée sur une déficience dans ce contexte législatif ne peut être justifiée par l'article premier de la Charte.

[50] L'avocat de l'appelante est disposé à concéder, dans le cadre du présent appel, que, comme le juge Muldoon l'a conclu, la protection de la Charte ne s'applique pas à M. Singh dans ses rapports avec le gouvernement canadien à l'étranger. Je partirai donc de ce principe. Il fait cependant valoir qu'en tant que fille d'un père qui souffre d'une déficience physique, M^{me} Deol est en mesure d'invoquer l'interdiction contenue à l'article 15 de la Charte relativement à la discrimination fondée sur la déficience. M^{me} Deol a été traitée moins favorablement qu'un répondant dont le père n'est pas atteint d'une déficience physique.

[51] Any consideration of a section 15 claim must be conducted in accordance with the analytical framework established by *Law, supra*, supplemented by other authorities that may bear on the particular problem being examined. For the purpose of this appeal, I am willing to assume that Ms. Deol satisfies the first two prongs of the *Law*, test, namely, differential treatment and the presence of an enumerated ground as the basis of that treatment.

[52] However, I would note that the word “disability” is not necessary to the scheme of subparagraph 19(1)(a)(ii), in the sense that the other words defining the initial bases of inadmissibility, “disease, disorder. . . or other health impairment”, are broad enough to include Mr. Singh’s condition. Hence, to the extent that counsel attempted to limit his attack on the constitutionality of Mr. Singh’s exclusion to the presence of “disability” in the paragraph, his argument was unpersuasive. Nonetheless, for present purposes I shall proceed on the basis that counsel’s objections apply more broadly to exclusion on the ground of medical inadmissibility.

[53] In my opinion, counsel’s argument clearly fails on the third prong of *Law, supra*, at paragraph 88, in that, when contextual factors are taken into consideration, subparagraph 19(1)(a)(ii) does not have “a purpose or effect that is discriminatory within the meaning of the equality guarantee.” Iacobucci J., *ibid.*, provided further guidance on the meaning of discrimination in the constitutional sense when he said that the following question is pertinent to the analysis:

Does the differential treatment discriminate, by imposing a burden upon or withholding a benefit from the claimant in a manner which reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or which otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration?

[51] L’examen de tout moyen tiré de l’article 15 doit se faire en conformité avec le cadre analytique établi dans l’arrêt *Law*, précité, et en tenant compte des autres précédents qui peuvent se rapporter au problème particulier à l’examen. Pour trancher le présent appel, je suis disposé à présumer que M^{me} Deol satisfait aux deux premiers volets du critère posé dans l’arrêt *Law*, à savoir une différence de traitement et l’existence d’un des motifs énumérés à la base de cette différence de traitement.

[52] Je tiens toutefois à signaler que le mot «déficience» ne constitue pas un élément essentiel de l’économie du sous-alinéa 19(1)a(ii), étant donné que les autres mots que le législateur y emploie pour définir les motifs initiaux de non-admissibilité, à savoir «maladie ou [. . .] invalidité» sont suffisamment larges pour englober le cas de M. Singh. Ainsi, dans la mesure où l’avocat a tenté de restreindre sa contestation de la constitutionnalité de l’exclusion de M. Singh à la présence du mot «déficience» dans ce sous-alinéa, son argument n’est pas convaincant. Néanmoins, pour le présent appel, je pars du principe que les objections de l’avocat s’appliquent de façon plus générale à une exclusion fondée sur une non-admissibilité pour raisons de santé.

[53] À mon avis, l’argument de l’avocat relève manifestement du troisième volet de l’arrêt *Law* (précité, au paragraphe 88), étant donné que, lorsqu’on tient compte des facteurs contextuels, le sous-alinéa 19(1)a(ii) n’a pas «un objet ou un effet discriminatoires au sens de la garantie d’égalité». Le juge Iacobucci a fourni d’autres points de repère pour cerner la notion de discrimination dans le contexte constitutionnel lorsqu’il a expliqué qu’il y a lieu de tenir compte de la question suivante dans le cadre de cette analyse;

La différence de traitement est-elle discriminatoire en ce qu’elle impose un fardeau au demandeur ou le prive d’un avantage d’une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l’opinion que l’individu touché est moins capable ou est moins digne d’être reconnu ou valorisé en tant qu’être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération?

[54] In order to answer these questions it is important to recall at the outset that Ms. Deol is the person whose equality rights are alleged to have been violated. She has no standing to assert her father's rights under section 15, even assuming that the Charter applied to him while he was abroad. Nor can a person establish that he or she has been denied their section 15 rights simply by proving discrimination against another: *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at page 145.

[55] Nonetheless, I also recognize that, in some circumstances, a child's section 15 rights may be violated as a result of discrimination against a parent. Thus, in *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358, a section 15 claim was made by a person who did not acquire Canadian citizenship by virtue of being the child born in wedlock outside Canada prior to February 15, 1977, of a Canadian mother and a non-Canadian father. Had his father been a Canadian citizen, Mr. Benner would have acquired Canadian citizenship automatically by descent. As Iacobucci J. put it, *supra*, at paragraph 82:

The link between child and parent is of a particularly unique and intimate nature. A child has no choice who his or her parents are. Their nationality, skin colour, or race is as personal and immutable to a child as his or her own.

[56] Thus, to put this statement into the analytical framework of *Law*, *supra*, a person may invoke section 15 if denied a benefit by virtue of a personal characteristic of a parent that demeans the human worth of that person. However, in my opinion, the fact that Ms. Deol is the child of a parent who has been refused a visa because of a medical condition that is expensive to treat does not reflect adversely on her individual worth or otherwise violate her human dignity. It does not ascribe to her a disability or any other personal characteristic by virtue of her parentage. Hence, Ms. Deol has not established the necessary link between the basis on which her father was refused a visa and discrimination against her in the constitutional sense.

[54] Pour pouvoir répondre à ces questions, il importe dans un premier temps de se rappeler que M^{me} Deol est la personne dont on affirme que les droits à l'égalité ont été violés. Elle ne peut invoquer les droits que l'article 15 confère à son père, même en supposant que la Charte s'appliquait à ce dernier alors qu'il se trouvait à l'étranger. Une personne ne peut pas non plus se contenter d'invoquer qu'un tiers a été victime de discrimination pour démontrer que ses propres droits, garantis par l'article 15, ont été violés (*R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, à la page 145).

[55] Néanmoins, je reconnais également que, dans certains cas, les droits garantis à un enfant par l'article 15 peuvent être violés par suite de la discrimination dont son père ou sa mère ont été victimes. Ainsi, dans l'affaire *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358, la Cour devait se prononcer sur un moyen tiré de l'article 15 qui était invoqué par une personne qui n'avait pas acquis la citoyenneté canadienne parce qu'elle était née à l'étranger à l'intérieur du mariage avant le 15 février 1977 d'une mère canadienne et d'un père étranger. Si son père avait été citoyen canadien, M. Benner aurait acquis automatiquement la citoyenneté canadienne par filiation. Ainsi que le juge Iacobucci l'explique (au paragraphe 82):

Le lien entre un enfant et son père ou sa mère a un caractère particulièrement unique et intime. L'enfant ne choisit pas ses parents. Leur nationalité, leur couleur ou leur race sont des caractéristiques tout aussi personnelles et immuables pour l'enfant que si elles étaient les siennes propres.

[56] Ainsi, pour replacer cet énoncé dans le cadre analytique de l'arrêt *Law*, précité, une personne peut invoquer l'article 15 lorsqu'elle se voit refuser un avantage en raison d'une caractéristique personnelle de son père ou de sa mère et que ce refus a pour effet de porter atteinte à sa valeur en tant que personne. J'estime toutefois que le fait que M^{me} Deol soit l'enfant d'un parent qui s'est vu refuser un visa en raison d'une affection qui coûte cher à soigner ne porte atteinte ni à sa valeur individuelle ni à sa dignité humaine. Sa filiation n'a pas pour effet de lui attribuer une déficience ou une autre caractéristique personnelle. Par conséquent, M^{me} Deol n'a pas établi l'existence du lien nécessaire entre le motif pour lequel son père s'est vu refuser un

[57] It was also relevant to the analysis in *Benner, supra*, that the child was the primary object of the discriminatory legislation that denied the automatic right to citizenship afforded to the foreign-born children of Canadian fathers. As Iacobucci J. put it, at paragraph 78:

The impugned provisions of the *Citizenship Act* are not aimed at the parents of applicants but at applicants themselves. That is, they do not determine the rights of the appellant's mother to citizenship, only those of the appellant himself. His mother is implicated only because the extent of his rights is made dependent on the gender of his Canadian parent.

[58] In contrast, subparagraph 19(1)(a)(ii) is aimed primarily at visa applicants, not sponsors. Ms. Deol's statutory sponsorship rights are only implicated because her father's admission to Canada is made dependent on whether he has a disability that is likely to cause excessive demands to health services in Canada.

[59] For these reasons, *Benner, supra*, seems to me distinguishable from the case at bar and to be of little assistance in advancing Ms. Deol's claim that her section 15 rights have been violated.

[60] The conclusion that Ms. Deol is not the subject of discrimination is also supported by the fact that, like other visa applicants, Mr. Singh was found medically inadmissible on the basis of individualized medical assessments, and prognoses of his condition, and of the resulting demands that he might reasonably be expected to cause on health services in Canada. Parliament has thus not written off all individuals with disabilities by attributing to them as a class stereotypical characteristics, but has attempted to draw distinctions on the basis of the actual circumstances of each visa applicant, including Mr. Singh. See *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, at paragraphs 33 and 37.

visa et la discrimination dont elle aurait été victime au sens de la Constitution.

[57] Un autre facteur dont la Cour a tenu compte dans son analyse dans l'arrêt *Benner*, précité, était le fait que la loi qui nie le droit automatique à la citoyenneté canadienne accordé aux enfants de pères canadiens nés à l'étranger vise principalement l'enfant. Ainsi que le juge Iacobucci l'explique (au paragraphe 78):

Les dispositions contestées de la *Loi sur la citoyenneté* ne visent pas les parents des demandeurs, mais les demandeurs eux-mêmes. Elles ne déterminent pas les droits à la citoyenneté de la mère de l'appelant, mais uniquement ceux de l'appelant lui-même. La mère de l'appelant n'est concernée que parce que l'étendue des droits de celui-ci est tributaire du sexe de celui de ses parents qui est canadien.

[58] Par contraste, le sous-alinéa 19(1)(a)(ii) vise principalement ceux qui demandent un visa et non ceux qui les parrainent. Les droits de parrainage que la loi reconnaît à M^{me} Deol n'entrent en jeu que parce que l'admission de son père au Canada dépend de la réponse à la question de savoir s'il est atteint d'une déficience qui risque d'entraîner un fardeau excessif pour les services de santé au Canada.

[59] Pour ces motifs, il me semble qu'il y a lieu de faire une distinction entre l'affaire *Benner*, précitée, et la présente espèce et que l'arrêt *Benner* n'étaye pas vraiment l'argument de M^{me} Deol suivant lequel les droits que lui confère l'article 15 ont été violés.

[60] La conclusion que M^{me} Deol n'est pas victime de discrimination en l'espèce est également appuyée par le fait que, à l'instar de tout autre demandeur de visa, M. Singh a été déclaré non admissible pour des raisons d'ordre médical sur la foi d'évaluations médicales individualisées et de pronostics au sujet de son état de santé et du fardeau qu'il risquait en conséquence d'entraîner pour les services de la santé au Canada. Le législateur n'a donc pas éliminé toutes les personnes atteintes d'une déficience en leur attribuant en bloc des caractéristiques stéréotypées, mais il a essayé d'établir des distinctions en fonction de la situation concrète de chaque demandeur de visa, y compris M. Singh (voir l'arrêt *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de*

l'Immigration), [2000] 1 R.C.S. 703, aux paragraphes 33 et 37).

[61] In these circumstances, Ms. Deol cannot claim that subparagraph 19(1)(a)(ii) discriminates against her by withholding a benefit “in a manner which reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics” (*Law, supra*, at paragraph 88), or which otherwise has the effect of promoting the view that she is “less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society” (*ibid.*).

[62] Another contextual factor to be considered in the *Law* analysis (*supra*, at paragraph 74) is the nature of the rights affected. In this regard, it should be noted that no one, whether Canadian citizen or permanent resident, has a right to be joined by members of their family. Rather, permanent residents have a right to sponsor family members, who will be admitted if they satisfy the admission criteria. Ms. Deol exercised this right and her father’s visa application was refused on the basis of an individualized assessment of the demands that he was likely to make a health services as a result of his disability. Subparagraph 19(1)(a)(ii) does not breach Ms. Deol’s section 15 rights.

[63] Finally, I have no doubt that Ms. Deol feels a deep sense of disappointment and sadness that she is unable to be joined in Canada by her parents and other close family members. She may also regard with some envy, or even with a sense of unfairness, friends who have been able to sponsor the admission of their parents who do not have a disability that is likely to cause excessive demands on health services. Nonetheless, as the Supreme Court emphasized in *Law, supra*, absent a violation of human dignity in one of the manners described above, such grievances do not support a claim of discrimination and a denial of equality before the law for the purpose of section 15.

[64] Accordingly, in light of the contextual factors considered above, I conclude that the Minister may rely

[61] Dans ces conditions, M^{me} Deol ne peut prétendre être victime de discrimination en raison du fait que le sous-alinéa 19(1)a(ii) la prive d’un avantage «d’une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe» (arrêt *Law*, précité, au paragraphe 88), ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l’opinion qu’elle «est moins capable ou est moins digne d’être reconnu[e] ou valorisé[e] en tant qu’être humain ou que membre de la société canadienne» (*ibid.*).

[62] Un autre facteur contextuel dont il y a lieu de tenir compte dans le cadre de l’analyse proposée dans l’arrêt *Law* (précité, au paragraphe 74) est celui de la nature des droits touchés. À cet égard, il y a lieu de noter que personne—qu’il soit citoyen canadien ou résident permanent—n’a le droit à ce que les autres membres de sa famille viennent le rejoindre au Canada. Les résidents permanents ont plutôt le droit de parrainer les membres de leur famille, lesquels seront admis au Canada s’ils satisfont aux critères d’admission. M^{me} Deol a exercé ce droit et la demande de visa de son père a été refusée sur la foi d’une évaluation individuelle du fardeau qu’il risquait d’imposer aux services de santé canadiens en raison de la déficience dont il est atteint. Le sous-alinéa 19(1)a(ii) n’enfreint pas les droits que l’article 15 garantit à M^{me} Deol.

[63] Finalement, je ne doute pas que M^{me} Deol soit profondément déçue et triste de ne pouvoir obtenir que son père et sa mère et d’autres proches parents viennent la rejoindre au Canada. Elle peut également éprouver une certaine envie ou même un sentiment d’injustice face à des amis qui ont été en mesure de parrainer l’admission de leurs parents qui ne sont pas atteints d’une déficience qui risquerait d’entraîner un fardeau pour les services de santé. Néanmoins, ainsi que la Cour suprême l’a souligné dans l’arrêt *Law*, précité, faute d’atteinte à la dignité humaine d’une des manières précitées, de tels griefs ne peuvent fonder une allégation de discrimination et de refus d’égalité devant la loi au sens de l’article 15.

[64] Par conséquent, compte tenu des facteurs contextuels qui ont été examinés, je conclus que le

on subparagraph 19(1)(a)(ii) to refuse a visa to Mr. Singh. The refusal does not discriminate in the constitutional sense against Ms. Deol because it does not “violate [her] human dignity or freedom” (*Law, supra*, at paragraph 51).

F. CONCLUSIONS

[65] For these reasons, I would dismiss the appeal and answer as follows the certified questions:

Question 1: Is the portion of subparagraph 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act* which provides for inadmissibility on the ground of disability of no force or effect under section 52 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] and should it be severed from the *Immigration Act*?

Answer: No.

Question 2: Is “more than normal” a legally acceptable measure of excessive demands under subparagraph 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act*? If so, what are the permissible criteria for the determination of normalcy?

Answer: There is no statutory definition of excessive demands. In these circumstances, when cost is the issue, demands are excessive when they reasonably might be expected to exceed by a significant degree the average *per capita* health care costs incurred by that section of the Canadian population in the same age range as the visa applicant.

Question 3: Is an election to have or not to have elective surgery relevant in determining whether or not a medical opinion under subparagraph 19(1)(a)(ii) of the

ministre peut invoquer le sous-alinéa 19(1)a)(ii) pour refuser de délivrer un visa à M. Singh. Ce refus ne fait pas de M^{me} Deol une victime de discrimination au sens constitutionnel du terme parce qu’il ne «porte [pas] atteinte à sa dignité humaine ou à sa liberté» (*Law, précité*, au paragraphe 51).

F. DISPOSITIF

[65] Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter l’appel et de répondre de la façon suivante aux questions certifiées:

Question 1: La partie du sous-alinéa 19(1)a)(ii) de la *Loi sur l’immigration* qui prévoit que certaines personnes appartiennent à une catégorie non admissible par suite d’une invalidité est-elle nulle et sans effet en vertu de l’article 52 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]] et doit-elle être retranchée de la *Loi sur l’immigration*?

Réponse: Non.

Question 2: La norme du «plus lourd que la normale» est-elle une mesure acceptable du fardeau excessif en vertu du sous-alinéa 19(1)a)(ii) de la *Loi sur l’immigration*? Si c’est le cas, quels sont les critères acceptables pour déterminer ce qui est normal?

Réponse: La loi ne définit pas ce qu’il faut entendre par «fardeau excessif». Dans ces conditions, lorsqu’une question de coût se pose, un fardeau est excessif lorsque les coûts risquent de dépasser de façon marquée les coûts de santé *per capita* moyens dépensés pour la tranche de la population canadienne qui fait partie du même groupe d’âge que l’auteur de la demande de visa.

Question 3: Le choix d’accepter ou non une intervention chirurgicale facultative est-il pertinent lorsqu’il s’agit de déterminer si l’avis d’un médecin en vertu du sous-alinéa

Immigration Act is reasonable?

19(1)a(ii) de la *Loi sur l'immigration* est raisonnable ou non?

Answer: Yes. However, a person cannot waive the right to publicly funded medical services that all permanent residents possess. Evidence of an intention not to undergo a particular treatment must be weighed with all other relevant evidence in determining whether the person might reasonably be expected to make excessive demands on health services in Canada.

Réponse: Oui. Toutefois, une personne ne peut renoncer pour l'avenir au droit que possèdent tous les résidents permanents de se prévaloir des services de santé financés à même les fonds publics. Les éléments de preuve relatifs à l'intention de ne pas subir un traitement déterminé doivent être soupesés avec tous les autres éléments de preuve pertinents pour décider si la personne en question risque d'entraîner un fardeau excessif pour les services de santé au Canada.

Question 4: Is the duty of fairness breached to a Manitoba sponsor of an immigrant and a Manitoba destined immigrant, when the Manitoba bonding program (if pertinent and applicable) is not disclosed to the sponsor and the applicant in the letter advising the applicant of a negative medical assessment and inviting the applicant to submit further information not already on the file?

Question 4: Enfreint-on l'obligation d'équité due à un résident du Manitoba qui parraine un immigrant dont la destination est le Manitoba lorsqu'on ne fait pas connaître au parrain et au demandeur, dans la lettre avisant le demandeur que son évaluation médicale est négative et l'invitant à présenter des renseignements additionnels qui ne se trouvent pas déjà au dossier, l'existence du programme de garantie du Manitoba (s'il est pertinent et s'il s'applique)?

Answer: No.

Réponse: Non.

Question 5: Is the ability to pay relevant or irrelevant to the question of excessive demand under subparagraph 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act* when there is a Manitoba sponsor of an immigrant and a Manitoba destined immigrant, in light of the Manitoba bonding program if there be such program which is both accessible and applicable in these circumstances?

Question 5: La capacité de payer est-elle pertinente, ou non, lorsqu'il s'agit de déterminer le fardeau excessif en vertu du sous-alinéa 19(1)a(ii) de la *Loi sur l'immigration* dans le cas d'un résident du Manitoba qui parraine un immigrant dont la destination est le Manitoba, étant donné le programme de garantie du Manitoba, dans la mesure où ce programme s'applique et qu'il est accessible dans les circonstances de l'affaire?

Answer: On the facts of this case, no.

Réponse: Suivant les faits de la présente affaire, non.

LINDEN J.A.: I agree.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je suis du même avis.

MALONE J.A.: I agree.

LE JUGE MALONE, J.C.A.: Je suis du même avis.

A-739-00
2002 FCA 218

A-739-00
2002 CAF 218

Ontario Association of Architects (*Appellant*)

Ordre des architectes de l'Ontario (*appelant*)

v.

c.

Association of Architectural Technologists of Ontario (*Respondent*)

Association of Architectural Technologists of Ontario (*intimée*)

INDEXED AS: ONTARIO ASSN. OF ARCHITECTS v. ASSN. OF ARCHITECTURAL TECHNOLOGISTS OF ONTARIO (C.A.)

RÉPERTORIÉ: ORDRE DES ARCHITECTES DE L'ONTARIO c. ASSN. OF ARCHITECTURAL TECHNOLOGISTS OF ONTARIO (C.A.)

Court of Appeal, Stone, Evans and Sharlow JJ.A.—
Toronto, April 23; Ottawa, May 28, 2002.

Cour d'appel, juges Stone, Evans et Sharlow, J.C.A.—
Toronto, 23 avril; Ottawa, 28 mai 2002.

Trade-marks — Official Marks — Appeal from Trial Division's dismissal of application to reverse Registrar of Trade-marks' decision to give public notice of adoption, use of official mark by Association of Architectural Technologists of Ontario (AATO) — Only public authority may register official mark under Trade-marks Act, s. 9(1)(n)(iii) — AATO not-for-profit corporation, incorporated by letters patent, continued by private Act of Ontario Legislature — Applications Judge holding AATO public authority as controlled by Legislature which could amend enabling legislation — Appeal allowed — Application of two-part test of degree of governmental control, public benefit to determine whether public authority — Duty to do some thing of benefit to public (third part of English test) may be relevant as element of public benefit — Government control of otherwise private organization requiring some ongoing supervision of activities — Legislature's exclusive power to change AATO's statutory objects, powers, duties insufficient to satisfy government control test because not allowing government to exercise ongoing influence — AATO's activities benefit public — Setting, enforcing standards of professional competence regulating part of practice of profession, providing public with some assurance as to competence, honesty of members — That activities may also benefit members not fatal to characterization of public benefit.

Marques de commerce — Marques officielles — Appel d'une décision de la Section de première instance qui a rejeté une demande visant à infirmer la décision du registraire des marques de commerce de donner un avis public d'adoption et emploi d'une marque officielle par l'Association of Architectural Technologists of Ontario (AATO) — Seule une autorité publique peut enregistrer une marque officielle en vertu de l'art. 9(1)n(iii) de la Loi sur les marques de commerce — L'AATO est une personne morale à but non lucratif qui a été constituée par lettres patentes et prorogée par une loi privée de la législature de l'Ontario — Le juge saisi de la demande a statué que l'AATO est une autorité publique relevant du contrôle de l'assemblée législative qui peut modifier sa loi habilitante — Appel accueilli — Application du critère en deux volets du contrôle gouvernemental et du bien public pour déterminer s'il s'agit d'une autorité publique — L'obligation de faire quelque chose qui profite à l'ensemble du public (troisième volet du critère établi par la jurisprudence anglaise) peut être pertinente comme élément de l'intérêt public — Le contrôle gouvernemental d'un organisme par ailleurs privé commande une supervision gouvernementale continue des activités — Le pouvoir exclusif du législateur de modifier les objets, pouvoirs et devoirs de l'AATO est insuffisant pour satisfaire au critère du contrôle gouvernemental parce qu'il ne permet pas au gouvernement d'exercer une influence continue — Les activités de l'AATO profitent au public — En établissant et en appliquant des normes de compétence régissant en partie l'exercice de la profession, elle offre au public une certaine assurance quant à la compétence et à l'honnêteté de ses membres — Le fait que des activités peuvent aussi profiter à des membres n'empêche pas fatalement qu'elles puissent profiter au public.

Trade-marks — Practice — Registrar of Trade-marks giving public notice of adoption, use by Association of Architectural Technologists of Ontario (AATO) of official

Marques de commerce — Pratique — Le registraire des marques de commerce a donné un avis public de l'adoption et emploi de marques officielles par l'Association of

marks — Ontario Association of Architects applied to Trial Division for order reversing Registrar's decision pursuant to Federal Court Rules, 1998, governing both applications for judicial review, appeals under Trade-marks Act, s. 56, without specifying which remedial route pursuing — Should be treated as application for judicial review, not as appeal — Nothing in scheme of Trade-marks Act, s. 9(1) justifying departure from normal principle person who was neither party, nor intervenor in proceedings having no standing to exercise statutory right of appeal.

This was an appeal from the Trial Division's dismissal of an application by the Ontario Association of Architects (OAA) to reverse the Registrar of Trade-marks' decision to give public notice of the adoption and use by the Association of Architectural Technologists of Ontario (AATO) as official marks of the words "architectural technician", "architecte-technicien", "architectural technologist", "architecte-technologue". Only a public authority may register an official mark under *Trade-marks Act*, subparagraph 9(1)(n)(iii). The Applications Judge held that the Registrar had not erred in concluding that the AATO was a public authority. AATO is an Ontario not-for-profit corporation without share capital. It was incorporated by letters patent in 1969 and was continued by a private Act of the Ontario Legislature. The OAA applied to the Trial Division pursuant to *Federal Court Rules, 1998*, rule 300, which governs both applications for judicial review and appeals under *Trade-marks Act*, section 56, without specifying which remedial route it was pursuing. Section 56 provides for an appeal to the Federal Court from any decision of the Registrar. The Applications Judge held that the OAA had no standing to appeal under section 56 from a decision of the Registrar in proceedings to which it had not been a party. However, since the Registrar's decision curtailed the right of OAA members to use the AATO's marks in connection with their services, the OAA was interested in the decision and had standing to apply for judicial review. He reasoned that, as a creature of statute, the AATO is controlled by the Legislature that created it because its enabling legislation is capable of being amended at any time, and that therefore the AATO is a public authority.

The issues were: (1) whether an application for judicial review under *Federal Court Act*, section 18.1 or an appeal under *Trade-marks Act*, section 56 is the appropriate

Architectural Technologists of Ontario (AATO) — L'Ordre des architectes de l'Ontario a demandé à la Section de première instance d'annuler la décision du registraire en invoquant les Règles de la Cour fédérale (1998) qui régissent à la fois les demandes de contrôle judiciaire et les appels en vertu de l'art. 56 de la Loi sur les marques de commerce, sans toutefois préciser quelle avenue il entendait suivre — La demande devait être considérée comme une demande de contrôle judiciaire et non comme un appel — Rien dans l'esprit de l'art. 9(1) de la Loi sur les marques de commerce justifie de s'écarter du principe normal selon lequel une personne qui n'était ni partie ni intervenante aux procédures n'a pas qualité pour exercer un droit d'appel.

Il s'agissait de l'appel d'une décision de la Section de première instance qui a rejeté une demande de l'Ordre des architectes de l'Ontario (OAO) visant à infirmer la décision du registraire des marques de commerce de donner un avis public de l'adoption et emploi comme marques officielles par l'Association of Architectural Technologists of Ontario (AATO) des termes «architectural technician», «architecte-technicien», «architectural technologist», «architecte-technologue». Seule une autorité publique peut enregistrer une marque officielle en vertu du sous-alinéa 9(1)(n)(iii) de la *Loi sur les marques de commerce*. Le juge saisi de la demande a statué que le registraire n'avait commis aucune erreur en concluant que l'AATO est une autorité publique. L'AATO est une personne morale ontarienne à but non lucratif et sans capital-actions. Elle a été constituée par lettres patentes en 1969 et par la suite prorogée par une loi privée de la législature de l'Ontario. L'OAO a présenté une demande à la Section de première instance conformément à la règle 300 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, qui régit à la fois les demandes de contrôle judiciaire et les appels en vertu de l'article 56 de la *Loi sur les marques de commerce*, sans préciser quelle avenue il entendait suivre. L'article 56 prévoit qu'un appel peut être interjeté à la Cour fédérale de toute décision rendue par le registraire. Le juge saisi de la demande a décidé que l'OAO n'avait pas qualité sous le régime de l'article 56 pour interjeter appel d'une décision du registraire à laquelle il n'avait pas été partie. Toutefois, étant donné que la décision du registraire restreignait le droit des membres de l'OAO d'employer les marques de l'AATO pour leurs services, l'OAO était concerné par la décision et avait qualité pour présenter une demande de contrôle judiciaire. Le juge a estimé qu'en tant qu'organisme créé par une loi, l'AATO relève du contrôle de l'assemblée législative qui l'a créée parce que sa loi habilitante peut être modifiée en tout temps et que, par conséquent, l'AATO est une autorité publique.

Les questions en litige étaient les suivantes: 1) est-ce une demande de contrôle judiciaire fondée sur l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* ou un appel en vertu de l'article 56 de

proceeding by which an interested person may challenge the public notice given by the Registrar of an official mark, and (2) whether the AATO, a self-regulatory professional body, is a public authority for the purpose of subparagraph 9(1)(n)(iii).

Held, the appeal should be allowed.

(1) This application should be treated as an application for judicial review, and not as an appeal under section 56. Normally rights of appeal are limited to parties or interveners. In the absence of any authority on point, nothing in the scheme of subsection 9(1) would justify a departure from the normal principle. It would be odd for Parliament to give to a person who had no right to participate before the Registrar the benefit of a right of appeal under section 56 with its unusual *de novo* aspect. If section 56 is somewhat anomalous in giving to parties before the Registrar, a specialist tribunal, the right to adduce additional evidence on an appeal to the Federal Court, the anomaly should not be exacerbated by extending the right to those who had no right to present either evidence or argument to the Registrar and did not, in fact, do so. On the other hand, a person might have standing to appeal who had learned in some other way of a request under subparagraph 9(1)(n)(iii), and made submissions to the Registrar opposing the giving of public notice of the adoption and use of the mark as an official mark. Moreover, the right to adduce evidence not before the Registrar is not likely to assist a review of the limited range of issues decided by the Registrar when giving public notice under paragraph 9(1)(n)(iii). Since Parliament created a summary, non-adversarial form of procedure for determining the limited range of issues that arise on a request under subparagraph 9(1)(n)(iii), it would be strange to attribute to Parliament an intention to permit the production of such evidence by way of an appeal to the Trial Division.

(2) While English cases have adopted a three-part test including a duty to the public, in Canada the degree of governmental control and the extent to which the body's activities benefit the public have been seen as the most important factors in determining whether a body is a public authority for the purpose of subparagraph 9(1)(n)(iii). This Court has regarded the public duty test as inappropriate in the context of subparagraph 9(1)(n)(iii) at least in the way it had been applied in some cases dealing with public authorities and short limitation periods. The case law is divided on whether it is relevant to enquire if a body is subject to duties to the public. There is no reason to depart from the two-part test of government control and public benefit. However in

la *Loi sur les marques de commerce* qui constitue la procédure appropriée par laquelle une personne intéressée peut contester l'avis public d'adoption d'une marque officielle donné par le registraire, et 2) l'AATO, un organisme professionnel autonome, est-elle une autorité publique aux fins du sous-alinéa 9(1)(n)(iii).

Arrêt: l'appel est accueilli.

1) La présente demande devait être considérée comme une demande de contrôle judiciaire et non comme un appel fondé sur l'article 56. Normalement, les droits d'appel sont limités aux parties ou aux intervenants. En l'absence de jurisprudence pertinente, rien dans l'esprit du paragraphe 9(1) justifierait de s'écarter du principe normal. Il serait étrange que le législateur accorde à une personne qui n'avait aucun droit d'être partie devant le registraire le droit d'interjeter appel en vertu de l'article 56, avec son caractère inhabituel de procès *de novo*. Si l'article 56 est quelque peu irrégulier en ce qu'il accorde aux parties devant le registraire, un tribunal spécialisé, le droit de présenter une preuve additionnelle dans le cadre d'un appel à la Cour fédérale, il faut prendre soin de ne pas aggraver l'anomalie en étendant ce droit à ceux qui n'avaient pas le droit de présenter une preuve ou une argumentation devant le registraire et qui, de fait, s'en sont abstenus. Par contre, une personne pourrait avoir qualité pour interjeter appel si elle a appris de quelque autre façon l'existence de la demande au titre du sous-alinéa 9(1)(n)(iii) et a présenté au registraire des observations à l'encontre de l'avis public d'adoption et emploi de la marque comme marque officielle. De plus, il est peu probable que le droit de présenter une preuve dont ne disposait pas le registraire puisse faciliter l'examen de la gamme restreinte des questions décidées par le registraire lorsqu'il donne avis public conformément au sous-alinéa 9(1)(n)(iii). Comme le législateur a créé une procédure sommaire, non contradictoire, pour trancher la gamme restreinte des questions qui se posent dans le cadre d'une demande en vertu du sous-alinéa 9(1)(n)(iii), il serait étrange d'attribuer au législateur l'intention de permettre la production d'une telle preuve par voie d'appel à la Section de première instance.

2) Même si un critère en trois volets assorti d'une obligation envers le public en général a été adopté dans la jurisprudence anglaise, au Canada, le degré de contrôle gouvernemental et la mesure dans laquelle le public profite des activités de l'organisme sont considérés comme les facteurs les plus importants pour déterminer si un organisme est une autorité publique aux fins du sous-alinéa 9(1)(n)(iii). Notre Cour a considéré le critère de l'obligation envers le public comme inapproprié dans le contexte du sous-alinéa 9(1)(n)(iii), du moins dans la façon dont l'a appliqué une certaine jurisprudence concernant les autorités publiques et les courts délais de prescription. La jurisprudence n'est pas unanime sur la pertinence d'examiner si un

determining whether a body's functions are sufficiently for the public benefit, a court may consider its objects, duties and powers, including the distribution of its assets. In this context, a duty to do something that is of benefit to the public is relevant as an element of "public benefit", even though it is not a "public duty" in the sense of being legally enforceable by a public law remedy, such as an order of *mandamus* or its equivalent. The Applications Judge's formulation of the applicable test for determining whether the AATO is a public authority was correct.

The test of government control of an otherwise private organization calls for some ongoing supervision of the activities of the body claiming to be a public authority for the purpose of subparagraph 9(1)(n)(iii). The Legislature's exclusive power to change the AATO's statutory objects, powers and duties is insufficient to satisfy the governmental control test because it is not a power that enables the government, directly or through its nominees, to exercise a degree of ongoing influence in the body's governance and decision-making similar to that often found in legislation dealing with statutory bodies that regulate the practice of a profession in which only those whom they license may engage, such as architecture and the law. Keeping in mind the context in which this question was being considered (i.e. subparagraph 9(1)(n)(iii)), that subparagraph should not be given an expansive meaning by equating the need for legislative amendment with government control. The fact that a self-regulatory body is statutory, and its objects and powers may be amended unilaterally and exclusively by the Legislature that created it, does not in law constitute "governmental control" in this context.

In the interest of completeness, the AATO did satisfy the public benefit requirement for the purpose of subparagraph 9(1)(n)(iii). While not regulating a profession in the sense of controlling professional activities in which only its members may lawfully engage, by setting and enforcing standards of professional competence and ethical conduct of its members, the AATO does regulate part of the practice of the profession, i.e. that part in which practitioners use their membership in the AATO and the statutory designations of architectural technical or architectural technologist, in connection with the services that they provide. Further, the AATO's regulatory activities benefit the public. By engaging a member of the AATO, a client has some assurance that the person engaged is competent and honest. That the activities of the AATO may also benefit its members was not a fatal objection to

organisme est assujéti à des obligations envers le public. Il n'y a aucun motif de s'écarter du critère en deux volets du contrôle gouvernemental et du bien public. Toutefois, pour déterminer si les fonctions d'un organisme sont suffisamment axées sur l'intérêt public, la cour peut prendre en considération ses objets, devoirs et pouvoirs, y compris la distribution de ses biens. Dans ce contexte, l'obligation de faire quelque chose qui profite à l'ensemble du public est pertinente comme élément de «l'intérêt public», même s'il ne s'agit pas d'une «obligation publique» dans le sens où elle serait légalement exécutoire par un recours de droit public, tel le bref de *mandamus* ou son équivalent. Le juge saisi de la demande a bien formulé en droit le critère applicable pour déterminer si l'AATO est une autorité publique.

Le critère du contrôle gouvernemental d'un organisme par ailleurs privé exige une supervision gouvernementale continue des activités de l'organisme qui réclame le statut d'autorité publique aux fins du sous-alinéa 9(1)n(iii). Le pouvoir exclusif du législateur de modifier les objets, pouvoirs et devoirs de l'AATO est insuffisant pour satisfaire au critère du contrôle gouvernemental parce que ce n'est pas un pouvoir qui permet au gouvernement, directement ou par l'intermédiaire des membres qu'il désigne, d'exercer sur la gouvernance et la prise de décision de l'organisme une influence continue semblable à celle qu'on retrouve souvent dans les lois portant sur les organismes qui régissent une profession en en contrôlant l'exercice par la délivrance de permis, comme l'architecture et le droit. Si on garde à l'esprit le contexte législatif dans lequel s'est posée cette question (c.-à-d. le sous-alinéa 9(1)n(iii)), il ne faut pas donner à ce sous-alinéa un sens extensif en mettant sur le même pied la nécessité d'une modification législative et le contrôle gouvernemental. Le fait qu'un organisme autonome soit d'origine législative et que ses objets et pouvoirs puissent être unilatéralement et exclusivement modifiés par le législateur qui l'a créé, ne constitue pas en droit un «contrôle gouvernemental» dans le présent contexte.

Par souci de vider complètement la question, l'AATO a satisfait à l'élément «intérêt du public» aux fins sous-alinéa 9(1)n(iii). Même si elle ne régit pas une profession au sens où elle contrôle les activités professionnelles que seuls ses membres peuvent légalement exercer, en établissant et en appliquant des normes de compétence et de déontologie pour ses membres, l'AATO régit en partie l'exercice de la profession, c'est-à-dire qu'elle régit la partie de la profession qui touche l'emploi que font les praticiens de leur qualité de membres de l'AATO et des désignations légales, dont les titres d'architecte-technicien ou architecte-technologue, en liaison avec les services qu'ils rendent. De plus, les activités de régie de l'AATO profitent au public. Lorsqu'il engage un membre de l'AATO, le client a une certaine assurance que la personne engagée est

characterizing them as benefiting the public. Finally decisions of the AATO to refuse membership and to discipline members are subject to an appeal on questions of fact and law to the Divisional Court of the Superior Court of Justice. By expanding the scope of judicial review to which such decisions would otherwise be subject, the Legislature provided another indication that the public benefits from the proper performance by the AATO of its functions.

compétente et honnête. Le fait que les activités de l'AATO puissent aussi profiter à ses membres n'empêchait pas fatalement qu'elles puissent profiter au public. Enfin, les décisions de l'AATO touchant le refus d'accorder la qualité de membre et les sanctions disciplinaires sont susceptibles d'appel à la Cour divisionnaire de la Cour supérieure de justice sur des questions de fait et de droit. En étendant quelque peu la portée du contrôle judiciaire auquel de telles décisions seraient par ailleurs soumises, le législateur a fourni une autre indication que le public profite de l'exercice approprié des fonctions de l'AATO.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Architects Act*, R.S.O. 1990, c. A.26, ss. 2(1),(2),(3), 3(2)(b), 6, 7(1), 11(1), 13(1), 29(1)(b), 31(1), 33(1)(b), 46(8)(c).
- Association of Architectural Technologists of Ontario Act*, 1996, S.O. 1996, c. Pr20, ss. 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).
- Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, rr. 300, 312.
- Regulated Health Professions Act, 1991*, S.O. 1991, c. 18, ss. 2, 3, 5, 6.
- Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 9(1)(n)(iii), 11.13(1) (as enacted by S.C. 1994, c. 47, s. 192), 37(1), 38 (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 134), 56.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Housen v. Nikolaisen (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 219 Sask. R. 1 (S.C.C.).

CONSIDERED:

Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et al. v. Association of Parents for Fairness in Education et al., [1986] 1 S.C.R. 549; (1986), 67 N.B.R. (2d) 271; 27 D.L.R. (4th) 406; 177 A.P.R. 271; 19 Admin. L.R. 211; 23 C.R.R. 119; 66 N.R. 173; *Registrar of Trade Marks v. Canadian Olympic Association*, [1983] 1 F.C. 692; (1982), 139 D.L.R. (3d) 190; 67 C.P.R. (2d) 59; 43 N.R. 52 (C.A.); *Canadian Olympic Assn. v. USA Hockey, Inc.* (1997), 74 C.P.R. (3d) 348 (F.C.T.D.); *Canadian Olympic Assn. v. USA Hockey, Inc.* (1999), 3 C.P.R. (4th) 259 (F.C.A.); *Magnotta Winery Corp. v. Vintners Quality Alliance of Canada* (1999), 1 C.P.R. (4th) 68; 163 F.T.R. 93 (F.C.T.D.); *Canada Post Corp. v. Post Office*, [2001] 2 F.C. 63; (2000), 8 C.P.R. (4th) 289; 191 F.T.R. 300

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Association of Architectural Technologists of Ontario Act*, 1996, L.O. 1996, ch. Pr20, art. 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13.
- Loi de 1991 sur les professions de la santé réglementées*, L.O. 1991, ch. 18, art. 2, 3, 5, 6.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).
- Loi sur les architectes*, L.R.O. 1990, ch. A.26, art. 2(1),(2),(3), 3(2)(b), 6, 7(1), 11(1), 13(1), 29(1)(b), 31(1), 33(1)(b), 46(8)(c).
- Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 9(1)(n)(iii), 11.13(1) (édicte par L.C. 1994, ch. 47, art. 192), 37(1), 38 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 134), 56.
- Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règles 300, 312.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Housen c. Nikolaisen (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 219 Sask. R. 1 (C.S.C.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et autre c. Association of Parents for Fairness in Education et autres, [1986] 1 R.C.S. 549; (1986), 67 N.B.R. (2d) 271; 27 D.L.R. (4th) 406; 177 A.P.R. 271; 19 Admin. L.R. 211; 23 C.R.R. 119; 66 N.R. 173; *Registraire des marques de commerce (Le) c. L'Association olympique canadienne*, [1983] 1 C.F. 692; (1982), 139 D.L.R. (3d) 190; 67 C.P.R. (2d) 59; 43 N.R. 52 (C.A.); *Assoc. olympique canadienne c. USA Hockey, Inc.* (1997), 74 C.P.R. (3d) 348 (C.F. 1^{re} inst.); *Assoc. olympique canadienne c. USA Hockey, Inc.* (1999), 3 C.P.R. (4th) 259 (C.A.F.); *Magnotta Winery Corp. c. Vintners Quality Alliance of Canada* (1999), 1 C.P.R. (4th) 68; 163 F.T.R. 93 (C.F. 1^{re} inst.); *Société canadienne des postes c. Post*

(T.D.); *Maple Leaf Meats Inc. v. Consorzio Del Prosciutto Di Parma* (2000), 9 C.P.R. (4th) 485; 197 F.T.R. 272 (F.C.T.D.); *Restaurants Pacini Inc. v. Pachino's Pizza Ltd.* (1994), 112 F.T.R. 29 (F.C.T.D.); *Big Sisters Assn. of Ontario v. Big Brothers of Canada* (1997), 75 C.P.R. (3d) 177 (F.C.T.D.); affd (1999), 86 C.P.R. (3d) 504; 242 N.R. 171 (F.C.A.); *Anne of Green Gables Licensing Authority Inc. v. Avonlea Traditions Inc.* (2000), 4 C.P.R. (4th) 289; [2000] O.T.C. 133 (Ont. Sup. Ct.); affd (2000), 6 C.P.R. (4th) 57; 130 O.A.C. 369 (Ont. C.A.).

REFERRED TO:

Canadian Olympic Assn. v. USA Basketball, 1997 F.C.J. No. 825 (T.D.) (QL); *Molson Breweries v. John Labatt Ltd.*, [2000] 3 F.C. 145; (2000), 5 C.P.R. (4th) 180; 252 N.R. 91 (C.A.); *Garbo Group Inc. v. Harriet Brown & Co.* (1999), 23 Admin. L.R. (3d) 153; 3 C.P.R. (4th) 224; 176 F.T.R. 80 (F.C.T.D.); *Canadian Pasta Manufacturers' Assn. v. Aurora Importing & Distributing Ltd.* (1997), 208 N.R. 329 (F.C.A.); *Austin Nichols & Co., Inc. v. Cinnabon Inc.*, [1998] 4 F.C. 569; (1998), 82 C.P.R. (3d) 513; 231 N.R. 362 (C.A.); *Canadian Olympic Assn. v. Konica Canada Inc.*, [1992] 1 F.C. 797; (1991), 85 D.L.R. (4th) 719; 39 C.P.R. (3d) 400; 135 N.R. 143 (C.A.); *Mihaljevic v. British Columbia* (1988), 22 F.T.R. 59 (F.C.T.D.); affd (1990), 34 C.P.R. (3d) 54; 116 N.R. 218 (F.C.A.); *Glaxo Wellcome plc v. M.N.R.*, [1998] 4 F.C. 439; (1998), 162 D.L.R. (4th) 433; 7 Admin. L.R. (3d) 147; 20 C.P.C. (4th) 243; 81 C.P.R. (3d) 372; 228 N.R. 164 (C.A.); *Stadium Corporation of Ontario Ltd. v. Wagon-Wheel Concessions Ltd.*, [1989] 3 F.C. 132; (1989), 24 C.I.P.R. 24; 25 C.P.R. (3d) 293; 29 F.T.R. 241 (T.D.).

AUTHORS CITED

Hughes, Roger T. and T. P. Ashton. *Hughes on Trade Marks*, looseleaf (Toronto: Butterworths, 1984).

APPEAL from the Trial Division's dismissal of an application by the Ontario Association of Architects (*Ontario Assn. of Architects v. Assn. of Architectural Technologists of Ontario*, [2001] 1 F.C. 577; (2000), 9 C.P.R. (4th) 496; 196 F.T.R. 208) to reverse the Registrar of Trade-marks' decision to give public notice of the adoption and use by the Association of Architectural Technologists of Ontario (AATO) as official marks of the words "architectural technician", "architecte-technicien", "architectural technologist",

Office, [2001] 2 C.F. 63; (2000), 8 C.P.R. (4th) 289; 191 F.T.R. 300 (1^{re} inst.); *Maple Leaf Meats Inc. c. Consorzio Del Prosciutto Di Parma* (2000), 9 C.P.R. (4th) 485; 197 F.T.R. 272 (C.F. 1^{re} inst.); *Restaurants Pacini Inc. c. Pachino's Pizza Ltd.* (1994), 112 F.T.R. 29 (C.F. 1^{re} inst.); *Assoc. des Grandes Soeurs de l'Ontario c. Grands Frères du Canada* (1997), 75 C.P.R. (3d) 177 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (1999), 86 C.P.R. (3d) 504; 242 N.R. 171 (C.A.F.); *Anne of Green Gables Licensing Authority Inc. v. Avonlea Traditions Inc.* (2000), 4 C.P.R. (4th) 289; [2000] O.T.C. 133 (C.S. Ont.); conf. par (2000), 6 C.P.R. (4th) 57; 130 O.A.C. 369 (C.A. Ont.).

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

Assoc. Olympique canadienne c. USA Basketball, 1997 A.C.F. n°825 (1^{re} inst.) (QL); *Molson Breweries c. John Labatt Ltd.*, [2000] 3 C.F. 145; (2000), 5 C.P.R. (4th) 180; 252 N.R. 91 (C.A.); *Garbo Group Inc. c. Harriet Brown & Co.* (1999), 23 Admin. L.R. (3d) 153; 3 C.P.R. (4th) 224; 176 F.T.R. 80 (C.F. 1^{re} inst.); *Canadian Pasta Manufacturers' Assn. c. Aurora Importing & Distributing Ltd.* (1997), 208 N.R. 329 (C.A.F.); *Austin Nichols & Co., Inc. c. Cinnabon Inc.*, [1998] 4 C.F. 569; (1998), 82 C.P.R. (3d) 513; 231 N.R. 362 (C.A.); *Assoc. Olympique canadienne c. Konica Canada Inc.*, [1992] 1 C.F. 797; (1991), 85 D.L.R. (4th) 719; 39 C.P.R. (3d) 400; 135 N.R. 143 (C.A.); *Mihaljevic c. Colombie-Britannique* (1988), 22 F.T.R. 59 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (1990), 34 C.P.R. (3d) 54; 116 N.R. 218 (C.A.F.); *Glaxo Wellcome plc c. M.R.N.*, [1998] 4 C.F. 439; (1998), 162 D.L.R. (4th) 433; 7 Admin. L.R. (3d) 147; 20 C.P.C. (4th) 243; 81 C.P.R. (3d) 372; 228 N.R. 164 (C.A.); *Stadium Corporation of Ontario Ltd. c. Wagon-Wheel Concessions Ltd.*, [1989] 3 C.F. 132; (1989), 24 C.I.P.R. 24; 25 C.P.R. (3d) 293; 29 F.T.R. 241 (1^{re} inst.).

DOCTRINE

Hughes, Roger T. and T. P. Ashton. *Hughes on Trade Marks*, looseleaf (Toronto: Butterworths, 1984).

APPEL de la décision de la Section de première instance qui a rejeté une demande de l'Ordre des architectes de l'Ontario (*Ordre des architectes de l'Ontario c. Assn. of Architectural Technologists of Ontario*, [2001] 1 C.F. 577; (2000), 9 C.P.R. (4th) 496; 196 F.T.R. 208) visant à infirmer la décision du registraire des marques de commerce de donner un avis public d'adoption et emploi par l'Association of Architectural Technologists of Ontario (AATO) comme marques officielles des termes «architectural

“*architecte-technologue*”. Appeal allowed on the ground that the Legislature’s exclusive power to change the AATO’s statutory objects, powers and duties was insufficient to satisfy the government control requirement for a public authority.

APPEARANCES:

Glen A. Bloom for appellant.
Leon J. Melconian for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Ottawa, for appellant.
Melconian Law Office, Toronto, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

EVANS J.A.:

A. INTRODUCTION

[1] The Registrar of Trade-marks has given public notice that the Association of Architectural Technologists of Ontario (AATO) has adopted and used as official marks for services, the words “architectural technician”, “*architecte-technicien*”, “architectural technologist”, “*architecte-technologue*”.

[2] As a result, members of the appellant, the Ontario Association of Architects (OAA), may be prevented from using any of these words in connection with their professional services, unless they had started to use them before April 28, 1999, the date when the Registrar gave public notice in the *Trade-marks Journal* of their adoption and use by the AATO as official marks.

[3] This is an appeal from a decision of the Trial Division in which the Applications Judge dismissed an application by the OAA to reverse the decision to give public notice of the adoption and use of the official marks. He held that the Registrar had committed no reviewable error in concluding that the AATO is a public authority and that it had adopted and used the

technician», «*architecte-technicien*», «*architectural technologist*», «*architecte-technologue*». Appel accueilli pour le motif que le pouvoir exclusif du législateur de modifier les objets, pouvoirs et devoirs de l’AATO était insuffisant pour satisfaire au critère du contrôle gouvernemental dans le cas d’une autorité publique.

ONT COMPARU:

Glen A. Bloom pour l’appellant.
Leon J. Melconian pour l’intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Ottawa, pour l’appellant.
Melconian Law Office, Toronto, pour l’intimée.

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

LE JUGE EVANS, J.C.A.:

A. INTRODUCTION

[1] Le registraire des marques de commerce a donné un avis public indiquant que l’Association of Architectural Technologists of Ontario (AATO) a adopté et employé comme marques officielles pour ses services les termes «*architectural technician*», «*architecte-technicien*», «*architectural technologist*», «*architecte-technologue*».

[2] Ainsi, les membres de l’appellant, l’Ordre des architectes de l’Ontario (OAO), peuvent être empêchés d’employer l’un de ces termes pour leurs services professionnels, sauf s’ils avaient commencé à les employer avant le 28 avril 1999, date à laquelle le registraire a publié dans le *Journal des marques de commerce* un avis public d’adoption et emploi de ces termes par l’AATO à titre de marques officielles.

[3] Il s’agit de l’appel d’une décision de la Section de première instance qui a rejeté une demande de l’OAO visant à infirmer la décision de donner un avis public d’adoption et emploi des marques officielles. Le juge saisi de la demande a estimé que le registraire n’avait commis aucune erreur susceptible d’examen en concluant que l’AATO est une autorité publique et

marks as official marks for services. The decision is reported as *Ontario Assn. of Architects v. Assn. of Architectural Technologists of Ontario*, [2001] 1 F.C. 577 (T.D.).

[4] There are important advantages for a body that is able to claim a mark as an official mark, rather than simply as a trade-mark. However, only a public authority may register an official mark under subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13. The principal issue in this appeal is whether the AATO, a self-regulatory professional body, is a public authority for the purpose of this provision and thus capable of requesting the Registrar to give public notice of its adoption and use of a mark as an official mark.

[5] A secondary issue is whether an application for judicial review under section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, or an appeal under section 56 of the *Trade-marks Act*, is the appropriate proceeding in which an interested person may challenge the public notice given by the Registrar of an official mark. Although this case does not turn on the resolution of this issue, I propose to deal with it in these reasons since there is justifiable uncertainty in the profession on the proper way to proceed in cases of this kind.

B. THE FACTS

[6] The AATO is an Ontario not-for-profit corporation without share capital. It was incorporated by letters patent in 1969 and was continued by a private Act of the Ontario Legislature, *Association of Architectural Technologists of Ontario Act, 1996*, S.O. 1996, c. Pr20 (AATO Act).

[7] On October 5, 1998, AATO's solicitors wrote to the Registrar requesting that public notice be given of its official marks. The formal application stated: "The official mark has been adopted and used by the applicant in association with services." No other evidence was included of the Association's adoption or use of the

qu'elle a adopté et employé les marques à titre de marques officielles pour des services. La décision est publiée sous l'intitulé *Ordre des architectes de l'Ontario c. Assn. of Architectural Technologists of Ontario*, [2001] 1 C.F. 577 (1^{re} inst.).

[4] La faculté de demander une marque officielle au lieu d'une simple marque de commerce comporte de grands avantages pour un organisme. Toutefois, seule une autorité publique peut enregistrer une marque officielle en vertu du sous-alinéa 9(1)n(iii) de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13. La question principale qui se pose dans le présent appel est de savoir si l'AATO, un organisme professionnel autonome, est une autorité publique aux fins de cette disposition et est ainsi habilitée à demander au registraire de donner un avis public d'adoption et emploi d'une marque comme marque officielle.

[5] Une question accessoire se pose aussi, celle de savoir si c'est la demande de contrôle judiciaire fondée sur l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, ou l'appel en vertu de l'article 56 de la *Loi sur les marques de commerce*, qui constitue la procédure appropriée par laquelle une personne intéressée peut contester l'avis public d'adoption d'une marque officielle donné par le registraire. La présente instance n'exige pas la résolution de cette question mais je me propose de l'aborder dans les présents motifs puisqu'il existe dans la profession une incertitude justifiable quant au recours approprié dans ce genre d'affaires.

B. LES FAITS

[6] L'AATO est une personne morale ontarienne à but non lucratif et sans capital-actions. Elle a été constituée par lettres patentes en 1969 et par la suite prorogée par une loi privée de la législature de l'Ontario, intitulée *Association of Architectural Technologists of Ontario Act, 1996*, L.O. 1996, ch. Pr20 (Loi AATO).

[7] Le 5 octobre 1998, les avocats de l'AATO ont écrit au registraire pour lui demander de donner avis public de ses marques officielles. La demande formelle s'énonçait comme suit: [TRADUCTION] «La marque officielle a été adoptée et employée par la demanderesse en rapport avec des services.» Aucune autre preuve de

marks.

[8] On November 23, 1998, an examiner from the Canadian Intellectual Property Office replied, querying whether the AATO was subject to a sufficient degree of government control to qualify as a public authority under subparagraph 9(1)(n)(iii). AATO's solicitors were invited to address the five factors identified in *Registrar of Trade Marks v. Canadian Olympic Association*, [1983] 1 F.C. 692 (C.A.), respecting the government control test. Their reply to this query obviously satisfied the examiner, and public notice of the AATO's adoption and use of the marks as official marks was given in the issue of the *Trade-marks Journal* published on April 28, 1999.

[9] The Ontario Association of Architects (OAA) is a body corporate established under the laws of Ontario and continued as a corporation without share capital by the *Architects Act*, R.S.O. 1990, c. A.26. The objects of the OAA include the regulation of the practice of architecture in Ontario and the governance of its members: subsections 2(1), (2). Licences to practice architecture in Ontario are issued by the Registrar of the OAA to individuals who satisfy the prescribed requirements: subsection 13(1). Only those who are so licensed, or who hold a certificate of practice, may engage in the practice of architecture in the Province: subsection 11(1).

[10] On June 23, 1999, the OAA made an application to the Trial Division for an order to reverse the decision of the Registrar to give public notice of the adoption and use of the AATO's official marks. The application was made pursuant to rule 300 of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, which governs both applications for judicial review and appeals under section 56 of the *Trade-marks Act*. However, the applicant did not specify which remedial route it was pursuing.

C. THE TRIAL DIVISION'S DECISION

[11] The Applications Judge held, first, that the OAA had no standing to appeal under section 56 of the *Trade-*

l'adoption ou de l'emploi des marques par l'Association n'a été fournie.

[8] Dans sa réponse en date du 23 novembre 1998, un examinateur de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada demandait à l'AATO si elle était assujettie à un degré suffisant de contrôle gouvernemental pour se qualifier comme autorité publique sous le régime du sous-alinéa 9(1)n(iii). Les avocats de l'AATO étaient priés de considérer les cinq facteurs énoncés dans l'arrêt *Registraire des marques de commerce (Le) c. L'Association olympique canadienne*, [1983] 1 C.F. 692 (C.A.), concernant le critère du contrôle gouvernemental. Leur réponse à cette requête a manifestement convaincu l'examineur, et l'avis public d'adoption et emploi par l'AATO des marques à titre de marques officielles a été publié dans le *Journal des marques de commerce* du 28 avril 1999.

[9] L'Ordre des architectes de l'Ontario (OAO) est une personne morale constituée en vertu des lois de l'Ontario et prorogée à titre de personne morale sans capital-actions en vertu de la *Loi sur les architectes*, L.R.O. 1990, ch. A.26. Les objets de l'OAO comprennent la réglementation de l'exercice de l'architecture en Ontario et de la conduite de ses membres: paragraphes 2(1) et (2). Les permis d'exercer la profession d'architecte en Ontario sont délivrés par le registraire de l'OAO aux personnes qui ont satisfait aux exigences: paragraphe 13(1). Seuls les titulaires de permis ou de certificats d'exercice peuvent exercer la profession d'architecte dans la province: paragraphe 11(1).

[10] Le 23 juin 1999, l'OAO a demandé à la Section de première instance d'annuler la décision du registraire de donner un avis public d'adoption et emploi des marques officielles par l'AATO. La demande a été faite conformément à la règle 300 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, qui régit à la fois les demandes de contrôle judiciaire et les appels en vertu de l'article 56 de la *Loi sur les marques de commerce*. Toutefois, le demandeur n'a pas précisé quelle avenue il entendait suivre.

C. LA DÉCISION DE PREMIÈRE INSTANCE

[11] Le juge saisi de la demande a d'abord décidé que l'OAO n'avait pas qualité, sous le régime de l'article 56

marks Act from a decision by the Registrar to which it had not been a party. However, since the Registrar's decision curtailed the right of OAA members to use the AATO's marks in connection with their services, the OAA was interested in the decision and had standing to bring an application for judicial review. Accordingly, he treated the application as if it were an application for judicial review. Since the OAA had filed its notice of application outside the normal time for making an application for judicial review, but within the time for appealing, the Judge impliedly must have granted an extension of time.

[12] Second, the Applications Judge found that the AATO was a public authority and, as such, was entitled to request that public notice be given of the adoption and use of official marks. He reasoned (*supra*, at paragraph 18) that, as a creature of statute, the AATO is controlled by the legislature that created it: "Its enabling legislation is capable of being amended or repealed by the Government of Ontario at any time".

[13] Turning to the public duty and public function elements of the test for determining whether a body is a public authority, the Applications Judge concluded (*supra*, at paragraph 19) that, although the AATO undoubtedly serves the interests of its members, it also owes a duty "to the public in regulating its profession" by prescribing and enforcing ethical and competency standards for its members. He noted, too, that the AATO's revenue is to be used to further its regulatory functions and not for the benefit of its members. Hence, the Judge held, AATO's statutory objects and the powers that it exercised over its members sufficed to impress it with duties owed to the public and to endow it with a public function. Accordingly, its activities were for the public benefit.

[14] Third, the Applications Judge was satisfied that the AATO's assertion in its application to the Registrar that it had adopted and used the marks as its official marks was sufficient to discharge its onus of proving that it satisfied this statutory requirement.

de la *Loi sur les marques de commerce*, pour interjeter appel d'une décision du registraire à laquelle il n'avait pas été partie. Toutefois, étant donné que la décision du registraire restreignait le droit des membres de l'OAO d'employer les marques de l'AATO pour leurs services, l'OAO était concerné par la décision et avait qualité pour présenter une demande de contrôle judiciaire. Il a donc traité la demande comme s'il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire. Comme l'OAO avait déposé son avis de demande après le délai imparti pour la présentation d'une demande de contrôle judiciaire, mais dans le délai prévu pour un appel, le juge a dû implicitement accorder une prorogation de délai.

[12] En second lieu, le juge a estimé que l'AATO était une autorité publique et que de ce fait, elle avait le droit de demander qu'un avis public d'adoption et emploi de marques officielles soit donné. Il a considéré (au paragraphe 18) qu'en tant qu'organisme créé par une loi, l'AATO relève du contrôle de l'assemblée législative qui l'a créée: «Sa loi habilitante peut être modifiée ou abrogée par le gouvernement de l'Ontario en tout temps.»

[13] Appliquant les éléments «obligation publique» et «fonction publique» que comporte le critère à appliquer pour déterminer si un organisme est une autorité publique, le juge a conclu (au paragraphe 19) que, même si l'AATO sert indubitablement les intérêts de ses membres, elle est aussi redevable «envers le public en ce qui concerne la réglementation de l'exercice de la profession» par l'application de normes de déontologie et de compétence à l'endroit de ses membres. Il a ajouté que les revenus de l'AATO doivent servir à la promotion des fonctions réglementaires et non au profit de ses membres. Aussi le juge a-t-il conclu que les objets constitutifs de l'AATO ainsi que les pouvoirs qu'elle exerçait sur ses membres suffisaient à lui imposer des responsabilités envers le public et à lui conférer une fonction publique. En conséquence, ses activités servaient à l'intérêt du public.

[14] En troisième lieu, le juge s'est dit convaincu qu'en déclarant simplement dans sa demande au registraire qu'elle avait adopté et employé les marques à titre de marques officielles, l'AATO s'était acquittée du fardeau de preuve qui lui incombait quant au respect de cette exigence de la loi.

C. THE STATUTORY FRAMEWORK

Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13

9. (1) . . .

(n) any badge, crest, emblem or mark

. . .

(iii) adopted and used by any public authority, in Canada as an official mark for wares or services,

in respect of which the Registrar has, at the request of Her Majesty or of the university or public authority, as the case may be, given public notice of its adoption and use; . . .

. . .

56. (1) An appeal lies to the Federal Court from any decision of the Registrar under this Act within two months from the date on which notice of the decision was dispatched by the Registrar or within such further time as the Court may allow, either before or after the expiration of the two months.

Association of Architectural Technologists of Ontario Act, 1996, S.O. 1996, ch. Pr20.

[15] It is convenient to describe here the provisions of the AATO Act that are relevant to this appeal. Section 2 sets out the principal objects of the AATO, which are virtually identical to those in its letters patent, which the Act superseded.

2. The objects of the Association are,

- (a) to increase the knowledge, skill and proficiency of architectural technologists, architectural technicians, building technologists and building technicians and to grant accreditation and certification to such persons;
- (b) to foster the attainment of the highest standard of quality and competence in the field of architectural technology;
- (c) to establish, maintain and enforce strict rules of ethical conduct for members of the Association in the field of architectural technology;
- (d) to inform the public of the purposes and aims of the Association;

C. LE CADRE LÉGISLATIF

Loi sur les marques de commerce,
L.R.C. (1985), ch. T-13.

9. (1) [. . .]

n) tout insigne, écusson, marque ou emblème:

[. . .]

(iii) adopté et employé par une autorité publique au Canada comme marque officielle pour des marchandises ou services,

à l'égard duquel le registraire, sur la demande de Sa Majesté ou de l'université ou autorité publique, selon le cas, a donné un avis public d'adoption et emploi;

[. . .]

56. (1) Appel de toute décision rendue par le registraire, sous le régime de la présente loi, peut être interjeté à la Cour fédérale dans les deux mois qui suivent la date où le registraire a expédié l'avis de la décision ou dans tel délai supplémentaire accordé par le tribunal, soit avant, soit après l'expiration des deux mois.

Association of Architectural Technologists of Ontario Act, 1996, L.O. 1996, ch. Pr20.

[15] Il convient ici de mentionner les dispositions de la Loi AATO applicables au présent appel. L'article 2 établit les principaux objets de l'AATO, lesquels sont virtuellement identiques à ceux de ses lettres patentes que la Loi a remplacées.

[TRADUCTION]

2. Les objets de l'Association sont les suivants:

- a) accroître les connaissances, les aptitudes et la compétence des architectes-technologues, architectes-techniciens, technologues en bâtiment et techniciens en bâtiment et accorder la reconnaissance professionnelle à ces personnes;
- b) promouvoir le respect de la plus haute norme de qualité et de compétence dans le domaine de la technologie de l'architecture;
- c) établir, réviser et appliquer des règles de déontologie strictes à l'endroit des membres de l'Association dans le domaine de la technologie de l'architecture;
- d) informer le public des buts et objets de l'Association;

(e) to promote harmonious relationships among members of the Association in order to stimulate the development of the Association and enhance its public reputation.

Any surplus funds derived from its activities are to be applied solely for carrying out the AATO's objects, and shall not be divided among its members: section 13.

[16] Section 3 of the Act creates a council to manage the AATO's affairs and provides for the election of council members. Section 4 confers on the council a power to make by-laws, which must be open for examination by members of the public.

[17] The AATO must grant membership to all applicants who are Canadian citizens of good character and satisfy its certification board that they have met the membership requirements prescribed in the by-laws or have equivalent qualifications: section 5. The AATO's registrar is under a duty to maintain a register of members in good standing, which must be kept open for public examination (section 7), and to remove from the register the names of members whose registration has been suspended or revoked as a result of disciplinary proceedings or whose membership has lapsed for other reasons (section 8). A copy of the register, certified by the registrar, shall, in the absence of evidence to the contrary, be received in evidence in any proceedings as proof of a person's membership in the AATO: section 11. A person who has been refused membership in the AATO or who has been the subject of a disciplinary sanction may appeal to the Divisional Court on questions of fact or law: section 10.

[18] Section 9 defines the scope of the monopoly created by the Act. Subsection 9(1) provides that a registered member of the AATO may use the designation "M.A.A.T.O." and one or more of the designations: "architectural technician" or "*architecte-technicien*"; "architectural technologist" or "*architecte-technologue*"; "registered building technologist" or "registered building technician". It is an offence for those who are not registered members of the AATO to use these designations or to hold themselves out as registered members: subsection 9(2). However, as a

e) promouvoir Les relations harmonieuses entre les membres de l'Association afin de stimuler le développement de l'Association et d'accroître sa réputation dans le public.

Tout surplus de fonds provenant des activités de l'AATO doit être affecté uniquement à la poursuite de ses objets et ne doit pas être réparti entre ses membres: article 13.

[16] L'article 3 de la Loi crée un conseil qui dirige les activités de l'AATO, et prévoit l'élection des membres du conseil. L'article 4 confère au conseil le pouvoir d'établir des règlements, auxquels le public doit avoir accès.

[17] L'AATO doit accorder la qualité de membre à tous les candidats qui sont citoyens canadiens, ont une bonne réputation et qui, de l'avis de sa commission d'attestation, répondent aux exigences réglementaires ou possèdent des qualifications équivalentes: article 5. Le registraire de l'AATO a l'obligation de tenir un registre des membres en règle, lequel doit être accessible au public (article 7), et de rayer du registre les noms de membres dont l'inscription a été suspendue ou révoquée par suite de mesures disciplinaires ou dont la qualité de membre est échue pour d'autres motifs (article 8). Une copie du registre, certifiée conforme par le registraire, fait dans toute procédure, en l'absence de preuve contraire, preuve de la qualité de membre de l'AATO: article 11. Quiconque se voit refuser la qualité de membre de l'AATO ou fait l'objet d'une mesure disciplinaire peut interjeter appel à la Cour divisionnaire sur des questions de fait ou de droit: article 10.

[18] L'article 9 définit l'étendue du monopole créé par la Loi. Le paragraphe 9(1) prévoit qu'un membre inscrit à l'AATO peut employer la désignation «M.A.A.T.O.» et l'une ou l'autre des désignations suivantes: «*architectural technician*» ou «*architecte-technicien*»; «*architectural technologist*» ou «*architecte-technologue*»; «*registered building technologist*» ou «*registered building technician*». Quiconque n'est pas membre inscrit de l'AATO et emploie ces titres ou prétend être membre inscrit commet une infraction: paragraphe 9(2). Toutefois, à la

result of submissions made by the OAA, subsection 9(3) was added to create an important exception to subsection (2): it is not an offence for those holding licences or certificates of practice issued under the *Architects Act*, or who are permitted by paragraph 46(8)(c) of that Act to use the title “architect” or “architecte”, to use designations that otherwise may be used only by members of the AATO.

[19] Section 12 emphasizes the relatively narrow scope of the statutory monopoly. It provides that, subject to subsection 9(2), nothing in the Act prevents those who are not members of the AATO from describing themselves as building technologists or building technicians, from being employed in those capacities, or from offering or providing services similar to those offered or provided by architectural technologists or architectural technicians.

D. ISSUES AND ANALYSIS

Issue 1: Should the appellant have proceeded by way of an application for judicial review or an appeal?

(a) Judicial History

[20] Prior to the decision under appeal, there was doubt in the Trial Division about whether a legal challenge to a public notice given under subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade-marks Act* must proceed by way of an application for judicial review or as an appeal under section 56.

[21] In one of the early decisions commenting on this issue, Jerome A.C.J. said that the plaintiff could have appealed against the giving of public notice of the adoption and use of an official mark, “assuming it had standing”: *Canadian Olympic Assn. v. USA Hockey, Inc.* (1997), 74 C.P.R. (3d) 348 (F.C.T.D.), at page 350. To similar effect, see also *Canadian Olympic Assn. v. USA Basketball*, 1997 F.C.J. No. 825 (T.D.) (QL).

[22] On appeal, the issue was noted but not resolved in a brief judgment delivered orally. The Court merely

suite d’observations présentées par l’OAO, on a ajouté le paragraphe 9(3) qui crée une exception importante au paragraphe (2): ainsi, le fait d’employer des titres réservés à l’usage exclusif des membres de l’AATO ne constitue pas une infraction pour les détenteurs de permis ou de certificat d’exercice décernés sous le régime de la *Loi sur les architectes*, ou pour ceux qui ont, en vertu de l’alinéa 46(8)c) de cette Loi, le droit d’employer les titres «architect» ou «architecte».

[19] L’article 12 met en lumière l’étendue relativement restreinte du monopole accordé par la Loi. Il prévoit que, sous réserve du paragraphe 9(2), rien dans la Loi n’empêche ceux qui ne sont pas membres de l’AATO de se désigner comme «*building technologists*» ou «*building technicians*», d’être embauché à ce titre ou d’offrir ou de fournir des services semblables à ceux qui sont offerts ou fournis par les architectes-technologues ou les architectes-techniciens.

D. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

Première question L’appelant aurait-il dû procéder par voie de demande de contrôle judiciaire ou par voie d’appel?

a) Historique judiciaire

[20] Avant la décision frappée d’appel, il existait un doute à la Section de première instance quant à savoir si la contestation juridique d’un avis public donné conformément au sous-alinéa 9(1)n)(iii) de la *Loi sur les marques de commerce* devait se faire par voie de demande de contrôle judiciaire ou par voie d’appel en vertu de l’article 56.

[21] Dans l’une des premières décisions abordant cette question, le juge en chef adjoint Jerome a dit que le demandeur aurait pu interjeter appel d’un avis public d’adoption et emploi d’une marque officielle, «en présumant qu’il avait qualité pour agir»: *Assoc. Olympique canadienne c. USA Hockey, Inc.* (1997), 74 C.P.R. (3d) 348 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 350. Au même effet, voir aussi *Assoc. Olympique canadienne c. USA Basketball*, 1997 A.C.F. n° 825 (1^{re} inst.) (QL).

[22] En appel, la question a été soulevée mais non réglée dans un bref jugement oral. La Cour a

agreed that bringing an action was not the correct procedure for challenging the Registrar's implicit decision that the respondents were public authorities for the purpose of subparagraph 9(1)(n)(iii): *Canadian Olympic Assn. v. USA Hockey, Inc.* (1999), 3 C.P.R. (4th) 259 (F.C.A.), at page 260 (F.C.A.), *per* Desjardins J.A.

[23] The issue was next considered in *Magnotta Winery Corp. v. Vintners Quality Alliance of Canada* (1999), 1 C.P.R. (4th) 68 (F.C.T.D.), a case involving a motion to extend the time for the applicant to bring an application for judicial review under section 18.1 of the *Federal Court Act*. Reed J.'s decision to grant the extension (*supra*, at paragraph 24) made it unnecessary for her to decide whether an application for judicial review or an appeal was the appropriate proceeding.

[24] However, she noted (*supra*, at paragraph 20) the decisions cited above involving the Canadian Olympic Association and the view expressed by R. Hughes *et al.*, *Hughes on Trade Marks* (Toronto: Butterworths, 1984), note 27, at pages 453-457, that only a person whose request for public notice was refused by the Registrar could appeal. After observing (*supra*, at paragraph 27) that other applicants seemed nonetheless to have commenced proceedings under section 56, Reed J. concluded: "I have no doubt that what is correct will not be decided by this Court. It will be for the Court of Appeal". She suggested that applicants could avoid the procedural problem by pursuing simultaneously an appeal and an application for judicial review.

[25] More recently, after noting the lack of clarity on the issue, Tremblay-Lamer J. stated in *Canada Post Corp. v. Post Office*, [2001] 2 F.C. 63 (T.D.), at paragraph 31: "considering that the applicant was not a party to the notice given by the Registrar, the judicial review route appears to be more appropriate". Nonetheless, since the respondent in that case had standing both to appeal and to make an application for judicial review, the Judge allowed the matter to proceed as an appeal and, like Reed J., preferred to leave to this

simplement convenu que l'institution d'une action n'était pas la procédure appropriée pour contester la décision implicite du registraire selon laquelle les intimées étaient des autorités publiques aux fins du sous-alinéa 9(1)n(iii): *Assoc. Olympique canadienne. c. USA Hockey, Inc.* (1999), 3 C.P.R. (4th) 259 (C.A.F.), à la page 260, le juge Desjardins.

[23] La question a ensuite été examinée dans la décision *Magnotta Winery Corp. c. Vintners Quality Alliance of Canada* (1999), 1 C.P.R. (4th) 68 (C.F. 1^{re} inst.), une affaire portant sur une requête en prorogation du délai imparti pour la présentation d'une demande de contrôle judiciaire fondée sur l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Le juge Reed ayant accordé la prorogation (au paragraphe 24), elle n'a pas eu à décider si la procédure appropriée était la demande de contrôle judiciaire ou l'appel.

[24] Elle a toutefois pris acte (au paragraphe 20) des décisions précitées mettant en cause l'Association olympique canadienne ainsi que de l'opinion exprimée par R. Hughes et al., dans *Hughes on Trade Marks* (Toronto: Butterworths, 1984), note 27, aux pages 453 à 457, selon laquelle la personne qui s'est vu refuser par le registraire une demande d'avis public pouvait interjeter appel. Après avoir constaté (au paragraphe 27) que d'autres demandeurs semblaient néanmoins avoir institué des procédures en vertu de l'article 56, le juge Reed a conclu: «Il ne fait aucun doute que ce n'est pas la présente Cour qui se prononcera sur la procédure appropriée. Cette décision appartient à la Cour d'appel.» Elle a indiqué que les demandeurs pourraient éviter le problème procédural en faisant simultanément une demande d'appel et une demande de contrôle judiciaire.

[25] Plus récemment, après avoir souligné l'absence de clarté sur la question, le juge Tremblay-Lamer a dit ceci dans *Société canadienne des postes c. Post Office*, [2001] 2 C.F. 63 (1^{re} inst.), au paragraphe 31: «comme la demanderesse n'était pas partie à l'avis donné par le registraire, la demande de contrôle judiciaire me semble un recours plus approprié». Toutefois, étant donné que l'intimée dans cette affaire avait à la fois qualité pour interjeter appel et pour demander le contrôle judiciaire, le juge a autorisé la procédure par voie d'appel et, à

Court the question of the correct procedure.

[26] The decision under appeal in the case at bar is thus the first occasion on which a judge of the Trial Division has unequivocally held that a person who did not participate in a public notice proceeding before the Registrar has no standing to appeal. Any challenge must be made by way of an application for judicial review. This decision was followed by O’Keefe J. in *Maple Leaf Meats Inc. v. Consorzio Del Prosciutto Di Parma* (2000), 9 C.P.R. (4th) 485 (F.C.T.D.), who refused to convert the appeal into an application for judicial review until he had heard a fully argued and documented application for an extension of time for bringing the application for judicial review. Notice of discontinuance of this appeal (Court file No. A-836-00) was filed on behalf of the appellant on April 25, 2002.

(b) Section 18.1 of the *Federal Court Act* and section 56 of the *Trade-marks Act* compared

[27] In order to provide context to the procedural issue under consideration, it is relevant to compare the characteristics of an appeal under section 56 and an application for judicial review. They are similar in at least two respects. First, both proceedings are commenced as an application: *Federal Court Rules, 1998*, paragraphs 300(a) and (d).

[28] Second, the standard of review of questions of law within the expertise of the Registrar is unlikely to depend on the type of proceeding in which those decisions are challenged. Despite the *de novo* nature of the appeal under section 56, decisions on questions within the expertise of the Registrar have been held to be reviewable for unreasonableness, unless additional evidence on a question of fact is adduced before the Trial Division: *Molson Breweries v. John Labbatt Ltd.*, [2000] 3 F.C. 145 (C.A.), at paragraph 51. It is unimaginable that, on an application for judicial review, a less deferential standard would be applied to a question of law within the expertise of the Registrar. Nor, in the absence of a preclusive clause, would one

l’instar du juge Reed, a préféré laisser à la présente Cour la question de la procédure appropriée.

[26] La décision faisant l’objet du présent appel est donc la première où un juge de première instance a décidé sans équivoque qu’une personne qui n’a pas participé à une procédure d’avis public devant le registraire n’a pas qualité pour interjeter appel. Toute contestation doit être faite par voie de demande de contrôle judiciaire. Cette décision a été suivie par le juge O’Keefe dans *Maple Leaf Meats Inc. c. Consorzio Del Prosciutto Di Parma* (2000), 9 C.P.R. (4th) 485 (C.F. 1^{re} inst.), qui a refusé de transformer l’appel en demande de contrôle judiciaire tant qu’il n’aurait pas entendu tous les arguments à l’appui d’une demande de prorogation du délai pour présenter une demande de contrôle judiciaire. Un avis de désistement de cet appel (dossier n° A-836-00) a été déposé au nom de l’appelant le 25 avril 2002.

b) Comparaison de l’article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* et de l’article 56 de la *Loi sur les marques de commerce*

[27] Afin de définir le contexte dans lequel se pose la question procédurale examinée, il est pertinent de comparer les caractéristiques de l’appel en vertu de l’article 56 et celles de la demande de contrôle judiciaire. Elles sont similaires sur au moins deux aspects. Premièrement, les deux procédures commencent par une demande: *Règles de la Cour fédérale (1998)*, alinéas 300a) et d).

[28] Deuxièmement, il est peu probable que la norme d’examen des questions de droit relevant de l’expertise du registraire dépende du cadre procédural dans lequel les décisions sont contestées. Malgré le caractère *de novo* de l’appel fondé sur l’article 56, les décisions sur les questions relevant de l’expertise du registraire ont été considérées comme susceptibles d’examen du fait de leur caractère déraisonnable, à moins qu’une preuve additionnelle sur une question de fait soit présentée à la Section de première instance: *Molson Breweries c. John Labbatt Ltd.*, [2000] 3 C.F. 145 (C.A.), au paragraphe 51. Il est difficilement imaginable que, s’agissant d’une demande de contrôle judiciaire, une norme moins déférente serait appliquée à une question de droit

expect the Court to adopt the more deferential standard of patent unreasonableness.

[29] On the other hand, there are two principal differences between appeals under section 56 and applications for judicial review. The first concerns the standard and scope of review of the Registrar's findings of fact, including facts relevant to the exercise of discretion. On an appeal under section 56 an applicant is entitled to adduce evidence that was not before the Registrar. When additional evidence is put in, the Judge of the Trial Division hearing the appeal must review the findings of fact on a standard of correctness. However, given the specialist expertise of the Registrar and the corresponding deference afforded to his decisions, the right of the parties to turn an appeal from any decision of the Registrar into a trial *de novo* seems somewhat anomalous and is liable to induce parties to treat the administrative proceeding as simply a way station *en route* to the Federal Court: *Garbo Group Inc. v. Harriet Brown & Co.* (1999), 23 Admin. L.R. (3d) 153 (F.C.T.D.), at paragraph 41; *Molson Breweries, supra*, at paragraphs 45-48.

[30] In contrast, applications for judicial review are normally conducted on the basis of the material before the administrative decision-maker. However, affidavit evidence is admitted on issues of procedural fairness and jurisdiction. Supplementary affidavits and cross-examination on them require leave of the Court: *Federal Court Rules, 1998*, rule 312.

[31] Further, when no additional evidence is adduced before the Trial Division, unreasonableness is the standard of review of the Registrar's findings of fact on an appeal: *Molson Breweries, supra*. However, the statutory standard of review of erroneous findings of fact under the *Federal Court Act*, paragraph 18.1(4)(d), is more deferential and akin to patent unreasonableness: *Canadian Pasta Manufacturers' Assn. v. Aurora Importing & Distributing Ltd.* (1997), 208 N.R. 329 (F.C.A.), at paragraphs 5-7.

relevant de l'expertise du registraire. En l'absence d'une clause limitative, on ne s'attendrait pas non plus à ce que la Cour adopte la norme plus déférente du caractère manifestement déraisonnable.

[29] D'autre part, il existe deux différences principales entre les appels en vertu de l'article 56 et les demandes de contrôle judiciaire. La première concerne la norme et le champ d'examen des conclusions de fait du registraire, y compris les faits qui relèvent du pouvoir discrétionnaire. Dans un appel en vertu de l'article 56, le demandeur a le droit de présenter une preuve qui n'était pas devant le registraire. Quand une preuve additionnelle est présentée, le juge de première instance qui entend l'appel doit examiner les conclusions de fait selon la norme de la décision correcte. Toutefois, vu l'expertise spécialisée du registraire et la déférence correspondante accordée à ses décisions, le droit des parties de transformer l'appel d'une décision du registraire en un nouveau procès semble quelque peu anormal et est susceptible d'inciter les parties à considérer le processus administratif comme un simple relais vers la Cour fédérale: *Garbo Group Inc. c. Harriet Brown & Co.* (1999), 23 Admin. L.R. (3d) 153 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 41; *Molson Breweries*, précité, aux paragraphes 45 à 48.

[30] Par contre, les demandes de contrôle judiciaire sont normalement jugées sur la base des documents soumis au décideur administratif. Une preuve par affidavit est toutefois recevable sur des questions d'équité procédurale et de compétence. Le dépôt d'affidavits supplémentaires et le contre-interrogatoire sur ces derniers exigent l'autorisation de la Cour: *Règles de la Cour fédérale (1998)*, règle 312.

[31] De plus, si aucune preuve additionnelle n'est présentée devant la Section de première instance, la norme d'examen des conclusions de fait du registraire lors d'un appel est celle du caractère déraisonnable: *Molson Breweries*, précité. Toutefois, suivant l'alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur la Cour fédérale*, la norme d'examen des conclusions de fait erronées est plus déférente et s'apparente à la norme du caractère manifestement déraisonnable: *Canadian Pasta Manufacturers' Assn. c. Aurora Importing & Distributing Ltd.* (1997), 208 N.R. 329 (C.A.F.), aux paragraphes 5 à 7.

[32] A second, but generally less important, difference between an appeal under section 56 and an application for judicial review concerns limitation periods. An application for judicial review must normally be commenced within 30 days from the date when the applicant receives notice of the administrative decision under review: subsection 18.1(2). On the other hand, an applicant has two months within which to file and serve notice of an appeal: subsection 56(2). However, since both provisions confer discretion on the Court to extend these limitation periods, this difference will generally not be significant.

(c) Subparagraph 9(1)(n)(iii)

[33] Subsection 9(1) is an equally important part of the context for determining the procedural issue. It is silent on the remedies available to either the person requesting the Registrar to give notice of an official mark or to anyone who claims to be adversely affected by, or otherwise interested in, the Registrar's decision. Nonetheless, the right of appeal under section 56 is general in nature because it applies "to all appeals by whatever party from any proceedings before the Registrar": *Austin Nichols & Co., Inc. v. Cinnabon Inc.*, [1998] 4 F.C. 569 (C.A.), at paragraph 10, *per* Décary J.A. Hence, it applies in principle to the decision by the Registrar to give public notice under subparagraph 9(1)(n)(iii) of the adoption and use of an official mark. The only contentious procedural issue in this appeal is whether, on the facts before us, the AATO has standing to launch an appeal under section 56.

[34] An important effect of the giving of public notice under paragraph 9(1)(n)(iii) is that, from that date, other persons are prevented from using any mark "as a trademark or otherwise" that is likely to be mistaken for the official mark (section 11), except in connection with goods or services with which the mark was used before public notice was given of the official mark: *Canadian Olympic Assn. v. Konica Canada Inc.*, [1992] 1 F.C. 797 (C.A.), at paragraphs 21-23. Moreover, the Registrar may not refuse to give public notice of the adoption and use of a mark as an official mark for wares or services

[32] Une deuxième différence, quoique généralement moins importante, entre l'appel fondé sur l'article 56 et la demande de contrôle judiciaire, a trait aux délais de prescription. La demande de contrôle judiciaire doit normalement être présentée dans les 30 jours suivant la date où le demandeur reçoit avis de la décision administrative en cause: paragraphe 18.1(2). D'autre part, le demandeur a deux mois pour déposer et signifier l'avis d'appel: paragraphe 56(2). Toutefois, puisque les deux dispositions confèrent à la Cour le pouvoir discrétionnaire de proroger ces délais de prescription, cette différence ne sera généralement pas appréciable.

c) Le sous-alinéa 9(1)n(iii)

[33] Le paragraphe 9(1) est aussi un élément contextuel important pour statuer sur la question procédurale. Il est muet sur les recours par lesquels une personne peut demander au registraire de donner avis d'une marque officielle ou faire valoir qu'elle est lésée ou par ailleurs concernée par la décision du registraire. Or, le droit d'appel en vertu de l'article 56 est de nature générale parce qu'il s'applique «à tous les appels interjetés par quelque partie que ce soit à l'égard de toute instance devant le registraire»: *Austin Nichols & Co., Inc. c. Cinnabon Inc.*, [1998] 4 C.F. 569 (C.A.), au paragraphe 10, le juge Décary. Il s'applique donc en principe à la décision du registraire de donner un avis public d'adoption et emploi d'une marque officielle conformément au sous-alinéa 9(1)n(iii). La seule question procédurale litigieuse dans le présent appel est de savoir si, eu égard aux faits qui nous sont soumis, l'AATO a qualité pour interjeter appel en vertu de l'article 56.

[34] L'avis public donné conformément au sous-alinéa 9(1)n(iii) a un effet important, celui d'empêcher d'autres personnes, à partir de cette date, d'employer toute marque, «comme marque de commerce ou autrement», qui est susceptible d'être confondue avec la marque officielle (article 11), sauf pour les marchandises ou services porteurs de la marque avant la date de l'avis public de la marque officielle: *Assoc. Olympique Canadienne c. Konica Canada Inc.*, [1992] 1 C.F. 797 (C.A.), aux paragraphes 21 à 23. De plus, le registraire ne peut refuser de donner avis public

on the ground that it is merely descriptive, is not distinctive of the public authority's wares or services, or is liable to be confused with another's mark. Indeed, the Registrar has virtually no discretion to refuse to give notice of the adoption and use of a mark as an official mark, once the body making the request establishes that the statutory criteria have been met: *Mihaljevic v. British Columbia* (1988), 22 F.T.R. 59 (F.C.T.D.), at pages 88-89; affirmed by (1990), 34 C.P.R. (3d) 54 (F.C.A.).

[35] Nonetheless, section 56 imposes no duty on the Registrar to give prior notice of a request made under subparagraph 9(1)(n)(iii) and no provision is made for an objector to be heard before the Registrar grants the request, perhaps because of the limited range of issues that the Registrar has to decide. This is, of course, quite unlike the registration of a trade-mark, which is preceded by public notice of the application and a determination by the trade-marks opposition board based on the submissions of the applicant for the registration of a trade-mark and of any opponents: *Trade-marks Act*, subsections 11.13(1) [as enacted by S.C. 1994, c. 47, s. 192], 37(1) and 38(1) [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 134].

[36] Thus, since the Registrar is under no duty to give prior notice of a request made pursuant to subparagraph 9(1)(n)(iii) or to invite interested persons to file objections, the body making the request will normally be the only party to the proceeding before the Registrar. Conceivably, a person could learn of a pending subparagraph 9(1)(n)(iii) request and make submissions in opposition to the official mark, either as a result of the Registrar's voluntarily giving prior notice of it or in some other way. Such a person might have a right of appeal under section 56 as a party to the proceeding. However, I need not decide this point here.

d'adoption et emploi d'une marque comme marque officielle pour des marchandises ou services pour le motif qu'elle est simplement descriptive, qu'elle ne permet pas de distinguer les marchandises ou services de l'autorité publique ou qu'elle est susceptible d'être confondue avec la marque d'un tiers. De fait, le registraire n'a virtuellement pas le pouvoir discrétionnaire de refuser de donner avis public d'adoption et emploi d'une marque comme marque officielle, une fois que l'auteur de la demande établit qu'il a satisfait aux critères de la loi: *Mihaljevic c. Colombie-Britannique* (1988), 22 F.T.R. 59 (C.F. 1^{re} inst.), aux pages 88 et 89; conf. par (1990), 34 C.P.R. (3d) 54 (C.A.F.).

[35] Toutefois, l'article 56 n'impose au registraire aucune obligation de donner un préavis d'une demande présentée au titre du sous-alinéa 9(1)n(iii) et aucune disposition ne prévoit l'audition d'un opposant avant que le registraire n'accorde la demande, peut-être à cause de la portée restreinte des questions que le registraire doit trancher. Cela est évidemment bien différent de l'enregistrement d'une marque de commerce, lequel est précédé d'un avis public de la demande et d'une décision de la Commission des oppositions des marques de commerce fondée sur les prétentions de l'auteur de la demande d'enregistrement et de tout opposant: *Loi sur les marques de commerce*, paragraphes 11.13(1) [édicte par L.C. 1994, ch. 47, art. 192], 37(1) et 38(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 134].

[36] Ainsi, comme le registraire n'est aucunement tenu de donner avis préalable d'une demande faite au titre du sous-alinéa 9(1)n(iii) ou d'inviter les personnes intéressées à déposer des oppositions, l'organisme auteur de la demande sera habituellement la seule partie aux procédures ainsi engagées. Il se pourrait que, par suite d'un préavis donné volontairement par le registraire ou par un autre moyen, une personne apprenne l'existence d'une demande en instance en vertu du sous-alinéa 9(1)n(iii) et présente des arguments pour s'opposer à la marque officielle. Cette personne aurait peut-être un droit d'appel en vertu de l'article 56 en tant que partie à la procédure. Toutefois, il n'y a pas lieu de trancher cette question ici.

(d) Conclusion

[37] In *Restaurants Pacini Inc. v. Pachino's Pizza Ltd.* (1994), 112 F.T.R. 29 (F.C.T.D.), at page 32, Pinard J. said (TRANSLATION): "although the right of appeal granted by subsection 56(1) of the Act is not limited to any person, this does not mean that any person can file a notice of appeal", since a right of appeal is exceptional in nature. Indeed, Décary J.A.'s *obiter dicta* in *Austin Nichols, supra*, limited the right of appeal under subsection 56(1) to the parties to proceedings before the Registrar.

[38] Accordingly, the question in this appeal is whether the Court should conclude that the right of appeal in section 56 is implicitly limited to the person making the request to the Registrar under subparagraph 9(1)(n)(iii) as the only party to the administrative proceeding, or extends also to persons interested in the decision because their interests (or, as in this case, their members' interests) may be adversely affected by the Registrar's giving public notice of the adoption and use of the official marks.

[39] In my opinion, the Applications Judge was correct to conclude that this application should be treated as an application for judicial review, and not as an appeal under section 56, even though the OAA is no mere idle bystander and has an interest sufficient to give it standing to bring an application for judicial review under section 18.1.

[40] Normally, rights of appeal are limited to the parties to and, sometimes, to interveners in the proceedings leading to the decision under appeal. Appellate courts may permit an intervention in an appeal launched by a party, even though the intervener had not participated in the proceedings below. However, that is not our case. The OAA seeks to bring an appeal in its own name, not to intervene in an appeal brought by another.

[41] Counsel also drew our attention to *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et al. v.*

d) Conclusion

[37] Dans *Restaurants Pacini Inc. c. Pachino's Pizza Ltd.* (1994), 112 F.T.R. 29 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 32, le juge Pinard a dit: «À mon avis, bien que l'appel statutaire énoncé au paragraphe 56(1) ne soit pas expressément réservé à quiconque en particulier, cela ne veut pas dire pour autant que toute personne peut exercer ce droit exceptionnel», puisque le droit d'appel est de nature exceptionnelle. De fait, les remarques incidentes du juge Décary dans l'arrêt *Austin Nichols*, précité, limitent le droit d'appel en vertu du paragraphe 56(1) aux parties aux procédures devant le registraire.

[38] Par conséquent, la question dans le présent appel est de savoir si la Cour doit conclure que le droit d'appel à l'article 56 est implicitement limité à la personne qui présente la demande au registraire en vertu du sous-alinéa 9(1)(n)(iii), en tant que seule partie à la procédure administrative, ou s'il s'étend aussi aux personnes ayant un intérêt à l'égard de la décision du fait que l'avis public d'adoption et emploi des marques officielles donné par le registraire peut porter atteinte à leurs intérêts (ou, comme en l'espèce, aux intérêts de leurs membres).

[39] À mon avis, le juge saisi de la demande était justifié de conclure que la présente demande devait être considérée comme une demande de contrôle judiciaire et non comme un appel fondé sur l'article 56, même si l'OAO n'est pas un simple spectateur passif et qu'il possède un intérêt suffisant pour lui conférer la qualité pour présenter une demande de contrôle judiciaire fondée sur l'article 18.1.

[40] Normalement, les droits d'appel sont limités aux parties et, parfois, aux intervenants engagés dans les procédures ayant mené à la décision contestée. Les cours d'appel peuvent permettre une intervention dans un appel interjeté par une partie, même si l'intervenant n'a pas participé aux procédures antérieures. Or tel n'est pas notre cas. L'OAO tente en effet d'interjeter appel en son propre nom et non pas d'intervenir dans un appel interjeté par un tiers.

[41] L'avocat a aussi attiré notre attention sur l'arrêt *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et*

Association of Parents for Fairness in Education et al., [1986] 1 S.C.R. 549. In that case, the Court affirmed the inherent jurisdiction of the New Brunswick Court of Appeal, inherited from the English Court of Chancery, to grant leave to an intervener to appeal, even though the intervener had not participated at first instance. Again, I am not persuaded that this is a helpful analogy. Even if the Court, as a court of equity, has also inherited this jurisdiction (on which, see generally *Glaxo Wellcome plc v. M.N.R.*, [1998] 4 F.C. 439 (C.A.)), the rationale of the Chancery Court's power to allow interveners to appeal was to ensure that it could do justice to all whose interests would otherwise be bound by the decision. However, it is not necessary to permit the OAA to appeal against the Registrar's decision, because it has another remedy available to it, namely, an application for judicial review. It is seeking to appeal only to obtain the benefit of a most unusual statutory right of appeal from an administrative tribunal.

[42] In the absence of any authority on point, I see nothing in the scheme of subsection 9(1) that would justify a departure from the normal principle that a person who was neither a party to nor an intervener in the proceedings below has no standing to exercise a statutory right of appeal.

[43] On the contrary, it would be very odd in my view for Parliament to give to a person who had no right to participate before the Registrar the benefit of a right of appeal under section 56, with its unusual trial *de novo* aspect. It is one thing for Parliament to decide to permit a party to a proceeding before the Registrar to adduce evidence for the first time on the appeal, but quite another to conclude that this right extends to a person who neither participated nor had the right to participate in the proceeding culminating in the decision under appeal.

[44] If, as I have suggested, section 56 is somewhat anomalous in giving to parties before the Registrar, a specialist tribunal, the right to adduce additional evidence on an appeal to the Federal Court, the anomaly should not be exacerbated by extending the right to

autre c. Association of Parents for Fairness in Education et autres, [1986] 1 R.C.S. 549. Dans cet arrêt, la Cour a confirmé la compétence inhérente de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, héritée de la Cour anglaise de chancellerie, pour autoriser un intervenant à faire appel, même si l'intervenant n'était pas partie à l'action initiale. Encore là, je ne suis pas convaincu de l'utilité de cette analogie. Même si la Cour, en tant que tribunal d'*equity*, a aussi hérité de cette compétence (voir généralement à ce sujet l'arrêt *Glaxo Wellcome plc c. M.R.N.*, [1998] 4 C.F. 439 (C.A.)), le raisonnement sous-tendant le pouvoir de la Cour de chancellerie d'autoriser des intervenants à interjeter appel était d'assurer justice à tous ceux dont les intérêts seraient autrement affectés par la décision. Or il n'est pas nécessaire d'autoriser l'appel de l'OAO contre la décision du registraire puisqu'un autre recours lui est ouvert, à savoir la demande de contrôle judiciaire. L'OAO tente seulement en l'occurrence de se prévaloir d'un droit d'appel fort inusité à l'encontre d'un tribunal administratif.

[42] En l'absence de jurisprudence pertinente, je ne vois rien dans l'esprit du paragraphe 9(1) qui justifierait de s'écarter du principe normal selon lequel une personne qui n'était ni partie ni intervenante aux procédures initiales n'a pas qualité pour exercer un droit d'appel.

[43] Au contraire, il serait bien étrange à mon avis que le législateur accorde à une personne qui n'avait aucun droit d'être partie devant le registraire le droit d'interjeter appel en vertu de l'article 56, avec son caractère inhabituel de procès *de novo*. Que le législateur décide d'autoriser une partie à une procédure devant le registraire à présenter une preuve pour la première fois en appel est une chose, mais c'en est une tout autre que de conclure que ce droit s'étend à une personne qui n'a ni participé, ni n'avait le droit de participer à la procédure ayant mené à la décision frappée d'appel.

[44] Si, comme je l'ai indiqué, l'article 56 est quelque peu irrégulier en ce qu'il accorde aux parties devant le registraire, un tribunal spécialisé, le droit de présenter une preuve additionnelle dans le cadre d'un appel à la Cour fédérale, il faut prendre soin de ne pas aggraver

those who had no right to present either evidence or argument to the Registrar and did not, in fact, do so. On the other hand, a person might have standing to appeal who had learned in some other way of a request under subparagraph 9(1)(n)(iii), and made submissions to the Registrar opposing the giving of public notice of the adoption and use of the mark as an official mark.

[45] Moreover, an effective review of the limited range of issues decided by the Registrar when giving public notice under subparagraph 9(1)(n)(iii) is generally unlikely to be greatly assisted by the right to adduce evidence not before the Registrar. This is, after all, the principal procedural feature of an appeal under section 56 that distinguishes it from an application for judicial review.

[46] Admittedly, additional evidence might be provided by an opponent that the public authority had not adopted and used the mark as an official mark for wares or services, thus putting it to the proof of its merely asserted adoption and use. However, Parliament did not see fit to provide an opportunity for a prospective opponent of public notice to present such evidence to the Registrar, but created, instead, a summary, non-adversarial form of procedure for determining the limited range of issues that arise on a request under subparagraph 9(1)(n)(iii). In these circumstances, it would surely be strange to attribute to Parliament an intention to permit the production of such evidence by way of an appeal to the Trial Division.

Issue 2: Is the AATO a public authority for the purpose of subparagraph 9(1)(n)(iii)?

(a) Defining the test

[47] A three-part test has been adopted in English cases for determining whether a body is a public authority, particularly in the context of short statutory limitation periods sheltering public authorities from liability. The elements of this test were described as follows in a subparagraph 9(1)(n)(iii) case, *Registrar of*

l'anomalie en étendant ce droit à ceux qui n'avaient pas le droit de présenter une preuve ou une argumentation devant le registraire et qui, de fait, s'en sont abstenus. D'autre part, une personne pourrait avoir qualité pour interjeter appel si elle a appris de quelque autre façon l'existence de la demande au titre du sous-alinéa 9(1)(n)(iii), et a présenté au registraire des observations à l'encontre de l'avis public d'adoption et emploi de la marque comme marque officielle.

[45] De plus, il est généralement peu probable que l'examen de la gamme restreinte des questions décidées par le registraire lorsqu'il donne avis public conformément au sous-alinéa 9(1)(n)(iii) gagnerait en efficacité si l'on y ajoutait le droit de présenter une preuve dont ne disposait pas le registraire. Après tout, c'est là la principale caractéristique procédurale de l'appel en vertu de l'article 56 qui le distingue d'une demande de contrôle judiciaire.

[46] Certes, une preuve additionnelle pourrait être présentée par un opposant pour établir que l'autorité publique n'a pas adopté et employé la marque comme marque officielle pour ses marchandises ou services, ce qui la mettrait ainsi en devoir de prouver l'adoption et l'emploi simplement affirmés. Or le législateur n'a pas cru bon de fournir à un opposant éventuel à l'avis public l'occasion de présenter une telle preuve au registraire, mais a plutôt créé une procédure sommaire, non contradictoire, pour trancher la gamme restreinte des questions qui se posent dans le cadre d'une demande en vertu du sous-alinéa 9(1)(n)(iii). Dans ces circonstances, il serait certainement étrange d'attribuer au législateur l'intention de permettre la production d'une telle preuve par voie d'appel à la Section de première instance.

Deuxième question L'AATO est-elle une autorité publique aux fins du sous-alinéa 9(1)(n)(iii)?

a) Définition du critère

[47] Un critère en trois volets a été adopté dans la jurisprudence anglaise pour déterminer si un organisme est une autorité publique, particulièrement dans le contexte des brefs délais de prescription visant à protéger les autorités publiques contre les poursuites en responsabilité. Les éléments de ce critère ont été définis

Trade Marks v. Canadian Olympic Association, supra, at page 699:

- (a) there must be a duty to the public;
- (b) there must be a significant degree of governmental control; and
- (c) any profit earned must be for the benefit of the public and not for private benefit.

[48] However, the Court also said, *supra*, at page 699, that the law in Canada on this issue was unsettled. Thus, it was unclear whether the definition of a public authority includes the first criterion, that is, that it owes legally enforceable duties to the public. More important, the Court stated, *supra*, at page 700, that the meaning of public authority “may vary according to statutory context” and that, at page 703:

. . .the necessity for finding such obligations or duties to the public is not necessarily determinative of whether or not the public body is a “public authority” as that term is used in the context of the Act here under review.

[49] The Court regarded the degree of governmental control and the extent to which the body’s activities benefit the public as the most important factors in determining whether a body is a public authority for the purpose of subparagraph 9(1)(n)(iii). It also took into account the provisions relating to the disposition of the Canadian Olympic Association’s assets on the surrender of its charter, presumably as a factor in determining whether the Association existed to benefit the public, rather than its members. The two-part test of “public benefit and government control” was also used in *Stadium Corporation of Ontario Ltd. v. Wagon-Wheel Concessions Ltd.*, [1989] 3 F.C. 132 (T.D.), at page 140; and *Canadian Olympic Assn. v. Konica Canada Inc.*, *supra*, at paragraph 6.

[50] However, the case law is not unanimous on whether it is relevant to inquire if a body is subject to duties to the public in order to be a public authority

comme suit dans un arrêt portant sur le sous-alinéa 9(1)(n)(iii), *Registraire des marques de commerce (Le) c. L’Association olympique canadienne*, précité, à la page 699:

- a) il doit avoir une obligation envers le public en général;
- b) il doit, dans une mesure importante, être soumis au contrôle gouvernemental; et
- c) les bénéfices ne doivent pas servir un intérêt privé mais doivent profiter à l’ensemble du public

[48] Toutefois, la Cour a aussi déclaré, à la page 699, que le droit sur cette question au Canada était incertain. Ainsi, il n’était pas certain si la définition d’une autorité publique inclut ou non le premier critère, à savoir que l’organisme a des obligations légalement exécutoires envers le public. De façon plus importante, la Cour dit, à la page 700, que le sens du terme autorité publique «peut varier suivant le contexte législatif» et que, à la page 703:

[. . .] la nécessité de trouver ces obligations ou devoirs envers le public n’établit pas nécessairement que l’organisme public est une «autorité publique» au sens dans lequel cette expression est employée dans le contexte de la Loi en l’espèce.

[49] La Cour a considéré que le degré de contrôle gouvernemental et la mesure dans laquelle le public profitait des activités de l’organisme étaient les facteurs les plus importants pour déterminer si un organisme est une autorité publique aux fins du sous-alinéa 9(1)(n)(iii). Elle a aussi pris en compte les dispositions relatives à la disposition des biens de l’Association olympique canadienne lors de l’abandon de sa charte, probablement comme un facteur pour déterminer si l’Association existait dans l’intérêt du public plutôt que dans celui de ses membres. Le critère à deux volets de «l’intérêt du public et [du] contrôle gouvernemental» a aussi été utilisé dans *Stadium Corporation of Ontario Ltd. c. Wagon-Wheel Concessions Ltd.*, [1989] 3 C.F. 132 (1^{re} inst.), à la page 140; et *Assoc. Olympique canadienne c. Konica Canada Inc.*, précité, au paragraphe 6.

[50] Toutefois, la jurisprudence n’est pas unanime sur la pertinence d’examiner si un organisme est assujéti à des obligations envers le public pour pouvoir le qualifier

within the meaning of subparagraph 9(1)(n)(iii). For example, in *Big Sisters Assn. of Ontario v. Big Brothers of Canada* (1997), 75 C.P.R. (3d) 177 (F.C.T.D.); affirmed by (1999), 86 C.P.R. (3d) 504 (F.C.A.), Gibson J. doubted (*supra*, at page 216) whether the parties were public authorities for the purpose of section 9, even though they had not raised the issue. He was of the view (*supra*, at page 215) that the Court in *Registrar of Trade Marks v. Canadian Olympic Association*, *supra*, had “impliedly adopted” the argument that, in order to be a public authority, a body must be under a duty to the public. He doubted whether the parties in the case before him satisfied this requirement.

[51] In the decision under appeal, the Applications Judge noted (*supra*, at paragraphs 16 and 17) that the public duty requirement had been dropped in some cases and retained in others and, although mentioned in *Registrar of Trade Marks v. Canadian Olympic Association*, *supra*, was not in fact applied. Quoting from *Anne of Green Gables Licensing Authority Inc. v. Avonlea Traditions Inc.* (2000), 4 C.P.R. (4th) 289 (Ont. Sup. Ct.), at paragraph 170; affirmed by (2000), 6 C.P.R. (4th) 57 (Ont. C.A.), he adopted “the combined test of control, influence and purpose to promote the public good”. I would have thought that influence could be characterized as a dimension of control, so that the broad criteria for determining whether a body is a public authority for the purpose of subparagraph 9(1)(n)(iii) are governmental control and public benefit.

[52] As most subsequent cases have recognized, in *Registrar of Trade Marks v. Canadian Olympic Association*, *supra*, this Court regarded the public duty test as inappropriate in the context of subparagraph 9(1)(n)(iii), at least in the way that it had been applied in some cases dealing with public authorities and short limitation periods. I see no reason for departing from the two-part test of government control and public benefit. However, in determining whether a body’s functions are sufficiently for the public benefit, a court may consider its objects, duties and powers, including the distribution of its assets. In this context, a duty to do something that

d’autorité publique au sens du sous-alinéa 9(1)(n)(iii). Par exemple, dans l’arrêt *Assoc. des Grandes Sœurs de l’Ontario c. Grands Frères du Canada* (1997), 75 C.P.R. (3d) 177 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (1999), 86 C.P.R. (3d) 504 (C.A.F.), le juge Gibson n’était pas convaincu (à la page 216) que les parties étaient des autorités publiques aux fins de l’article 9, même si elles n’avaient pas soulevé la question. Il était d’avis (à la page 215) que la Cour, dans l’arrêt *Registraire des marques de commerce c. Association olympique canadienne*, précité, avait adopté «implicite» le moyen selon lequel, pour être considéré comme une autorité publique, un organisme doit avoir une obligation envers le public en général. Il n’était pas certain que les parties à l’instance satisfassent à cette exigence.

[51] Dans la décision sous appel, le juge a souligné (aux paragraphes 16 et 17) que l’exigence d’une obligation envers le public avait été omise dans certaines décisions et retenue dans d’autres et, bien que mentionnée dans l’arrêt *Registraire des marques de commerce c. Association olympique canadienne*, précité, n’y avait pas été de fait appliquée. Citant l’arrêt *Anne of Green Gables Licensing Authority Inc. v. Avonlea Traditions Inc.* (2000), 4 C.P.R. (4th) 289 (C.S. Ont.), au paragraphe 170; conf. par (2000), 6 C.P.R. (4th) 57 (C.A. Ont.), il a adopté «le critère combiné du contrôle, de l’influence et de l’objet de promouvoir l’intérêt public». L’influence me semble pouvoir être considérée comme un aspect du contrôle, de sorte que les critères généraux pour déterminer si un organisme est une autorité publique aux fins du sous-alinéa 9(1)(n)(iii) soit le contrôle gouvernemental et l’intérêt public.

[52] Comme la plupart des décisions subséquentes l’ont reconnu, notre Cour a, dans l’arrêt *Registraire des marques de commerce c. Association olympique canadienne*, précité, considéré le critère de l’obligation envers le public comme inapproprié dans le contexte du sous-alinéa 9(1)(n)(iii), du moins dans la façon dont l’a appliqué une certaine jurisprudence concernant les autorités publiques et les courts délais de prescription. Je ne vois aucun motif de s’écarter du critère en deux volets du contrôle gouvernemental et du bien public. Toutefois, pour déterminer si les fonctions d’un organisme sont suffisamment axées sur l’intérêt public,

is of benefit to the public is relevant as an element of “public benefit”, even though it is not a “public duty” in the sense of being legally enforceable by a public law remedy, such as an order of *mandamus* or its equivalent.

[53] Therefore, the Applications Judge was correct in law in his formulation of the applicable test for determining whether the AATO is a public authority.

(b) Applying the test

[54] Although the Applications Judge stated that the standard of review applicable to the Registrar’s decision is unreasonableness, there is no indication in his reasons that he in fact deferred. Rather, as I read his reasons, he decided for himself whether the AATO is a public authority by applying the tests of public benefit and governmental control, perhaps because the Registrar gave no reasons for his decision. Of course, since the Applications Judge came to the same conclusion as the Registrar, the standard of review was of less practical significance than it would have been if he had disagreed.

[55] *Housen v. Nikolaisen* (2002), 211 D.L.R. (4th) 577 has defined the standards of review to be applied by an appellate court when deciding an appeal from a judge of the court below. Thus, this Court is entitled to review for correctness any question of law decided by the Applications Judge in the course of applying to the facts before him the two-part test of a public authority. If it appears from his reasons that the Applications Judge committed a material legal error, the Court must then review the Registrar’s decision. However, if no error of law is apparent from the Applications Judge’s reasons, his application of the test for determining whether the AATO is a public authority involves a question of mixed law and fact, and is reviewable only for palpable and overriding error.

[56] I turn now to consider each element of the definition of a public authority in the context of the facts before us.

la cour peut prendre en considération ses objets, devoirs et pouvoirs, y compris la distribution de ses biens. Dans ce contexte, l’obligation de faire quelque chose qui profite à l’ensemble du public est pertinent comme élément de «l’intérêt public», même s’il ne s’agit pas d’une «obligation publique» dans le sens où elle serait légalement exécutoire par un recours de droit public, tel le bref de *mandamus* ou son équivalent.

[53] En conséquence, le juge saisi a bien formulé en droit le critère applicable pour déterminer si l’AATO est une autorité publique.

b) Application du critère

[54] Même si le juge a dit que la norme d’examen applicable à la décision du registraire est celle de la décision déraisonnable, rien dans ses motifs n’indique qu’il a de fait montré de la déférence. Si je ne m’abuse, il a plutôt déterminé pour lui-même si l’AATO était une autorité publique en appliquant les critères de l’intérêt du public et du contrôle gouvernemental, peut-être parce que le registraire n’a pas motivé sa décision. Évidemment, comme il arrivait à la même conclusion que le registraire, la norme d’examen avait moins d’importance pratique qu’elle n’en aurait eue s’il n’avait pas été du même avis que lui.

[55] L’arrêt *Housen c. Nikolaisen* (2002), 211 D.L.R. (4th) 577, a défini les normes d’examen qu’un tribunal d’appel doit appliquer lorsqu’il se prononce sur l’appel d’une décision d’un juge d’instance inférieure. Ainsi, notre Cour peut examiner le bien-fondé de toute question de droit décidée par le juge saisi lorsqu’il applique aux faits qui lui sont soumis le critère en deux volets de l’autorité publique. S’il appert de ses motifs que le juge a commis une erreur substantielle de droit, la Cour doit alors examiner la décision du registraire. Toutefois, s’il ne s’en dégage aucune erreur apparente de droit, son application du critère pour déterminer si l’AATO est une autorité publique implique une question de droit et de fait, qui n’est alors susceptible d’examen que pour cause d’erreur manifeste et dominante.

[56] Je vais maintenant considérer chaque élément de la définition d’une autorité publique dans le contexte des faits qui nous sont soumis.

(i) governmental control

[57] Counsel for the OAA argued that the Judge erred in law in concluding, in effect, that, simply because it is a creature of statute, the AATO is subject to a significant degree of governmental control. The Applications Judge explained his conclusion by saying of the AATO (*supra*, at paragraph 18): “Its enabling legislation is capable of being amended or repealed by the Government of Ontario at any time.” Perhaps an even stronger way of putting this point would be to say that the AATO is subject to governmental control because it is a statutory body with no delegated power to alter its corporate powers, objects or functions without an amendment to its statute.

[58] Thus, the essential question is whether the fact that the AATO requires an amendment to its legislation to change its objects, powers or duties is a sufficiently significant degree of government control to satisfy this element of the test of whether a body is a public authority. In my respectful opinion, the Judge erred when he concluded that AATO’s statutory origin is in itself sufficient to make it a public authority. That conclusion is reviewable for correctness because it is likely to be of precedential effect in future cases where a body’s status as a public authority is in dispute: see *Housen v. Nikolaisen*, *supra*, at paragraph 28.

[59] Even if the test of governmental control of an otherwise private organization does not require control by the Executive, as opposed to control by the Legislature, it does call for some ongoing government supervision of the activities of the body claiming to be a public authority for the purpose of subparagraph 9(1)(n)(iii).

[60] A comparison with the *Architects Act* reveals the kinds of government control often included in Ontario legislation creating self-regulatory professional bodies. For example, section 6 confers powers on the relevant Minister to review the activities of the OAA’s Council; to request Council to undertake activities that, in the Minister’s opinion, are necessary and desirable for

(i) contrôle gouvernemental

[57] L’avocat de l’OAO a plaidé que le juge a erré en droit en concluant que du seul fait qu’elle soit une création de la loi, l’AATO est soumise dans une mesure importante au contrôle gouvernemental. Le juge a expliqué ainsi sa conclusion au paragraphe 18: «Sa loi habilitante peut être modifiée ou abrogée par le gouvernement de l’Ontario en tout temps.» On pourrait peut-être exprimer plus fortement cette idée en disant que l’AATO est soumise au contrôle gouvernemental parce qu’elle est un organisme d’origine législative à qui l’on n’a délégué aucun pouvoir de changer ses pouvoirs, objets ou fonctions sans modification de sa loi constitutive.

[58] Ainsi, la question essentielle est de savoir si le fait que l’AATO doit obtenir une modification législative pour changer ses objets, pouvoirs ou devoirs constitue une mesure de contrôle gouvernemental suffisamment importante pour satisfaire à cet élément du critère permettant de déterminer si un organisme est une autorité publique. À mon humble avis, le juge a commis une erreur en concluant que l’origine législative de l’AATO est en soi suffisante pour en faire une autorité publique. Cette conclusion est révisable quant à son bien-fondé parce qu’elle est susceptible d’avoir valeur de précédent dans les instances futures où la qualité qu’autorité publique d’un organisme sera contestée: voir *Housen c. Nikolaisen*, précité, au paragraphe 28.

[59] Même si le critère du contrôle gouvernemental d’un organisme par ailleurs privé n’exige pas que ce contrôle soit exercé par le pouvoir exécutif, par opposition au contrôle exercé par la législature, il commande bel et bien une supervision gouvernementale continue des activités de l’organisme qui réclame le statut d’autorité publique aux fins du sous-alinéa 9(1)n)(iii).

[60] Une comparaison avec la *Loi sur les architectes* met en évidence les modes de contrôle gouvernemental souvent prévus dans les lois ontariennes qui créent des organismes professionnels autonomes. Par exemple, l’article 6 accorde au ministre concerné le pouvoir d’examiner les activités du Conseil de l’OAO, de demander au Conseil d’entreprendre les activités que le

implementing the intent of the Act; and to advise Council on the implementation of the statutory scheme. In addition, the Council's regulation-making power is exercisable with the approval of the Lieutenant Governor in Council: subsection 7(1). The Lieutenant Governor in Council also has the power to appoint between three and five members of the Council (paragraph 3(2)(b)); a member of the Complaints Committee (paragraph 29(1)(b)) and the Discipline Committee (paragraph 33(1)(b)); and the Complaints Review Councillor (subsection 31(1)).

[61] Similar provisions are contained in the *Regulated Health Professions Act, 1991*, S.O. 1991, c. 18, sections 2, 3, 5 and 6, and the legislation governing the regulation of the various health disciplines.

[62] In my view, this is the kind of government superintendence to which one would expect a self-regulatory professional body to be subject if it is to be characterized as under a significant degree of governmental control for the purpose of subparagraph 9(1)(n)(iii). Counsel for the AATO conceded that the only form of governmental control on which he could rely was that exercisable through the Legislature's exclusive power to change the AATO's statutory objects, powers and duties. This is insufficient to satisfy the governmental control test because it is not a power that enables the government, directly or through its nominees, to exercise a degree of ongoing influence in the body's governance and decision-making similar to that often found in legislation dealing with statutory bodies that regulate the practice of a profession in which only those whom they license may engage, such as architecture and the law.

[63] In reaching this conclusion, I have kept in mind the statutory context in which this question is being considered, namely, subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade-marks Act*. This provision, it will be recalled, confers very substantial benefits not available to the owners of trade-marks, and thus has the capacity to injure both existing trade-mark owners and the public. An official mark need not serve to distinguish wares or services, it may be merely descriptive, and it may be confusing with another's mark. Once public notice has been given of its adoption and use, an official mark "is

ministre estime nécessaires et souhaitables pour réaliser l'objet de la Loi, et de conseiller le Conseil relativement à l'application de la Loi. De plus, le Conseil a le pouvoir d'établir des règlements avec l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil: paragraphe 7(1). Le lieutenant-gouverneur en conseil a aussi le pouvoir de nommer trois à cinq membres du Conseil (alinéa 3(2)b)), un membre du comité des plaintes (alinéa 29(1)b)) et du comité de discipline (alinéa 33(1)b)), ainsi que le conseiller médiateur (alinéa 31(1)).

[61] Des dispositions semblables figurent dans la *Loi de 1991 sur les professions de la santé réglementées*, L.O. 1991, ch. 18, articles 2, 3, 5 et 6, et les lois réglementant les diverses disciplines de la santé.

[62] À mon avis, c'est à ce type de surveillance gouvernementale qu'un organisme professionnel autonome doit être soumis pour qu'on puisse conclure à une mesure importante de contrôle gouvernemental aux fins du sous-alinéa 9(1)n)(iii). L'avocat de l'AATO a reconnu que la seule forme de contrôle gouvernemental qu'il pouvait invoquer était celle que le législateur pouvait exercer par le biais de son pouvoir exclusif de modifier les objets, pouvoirs et devoirs de l'AATO. C'est insuffisant pour satisfaire au critère du contrôle gouvernemental parce que ce n'est pas un pouvoir qui permet au gouvernement, directement ou par l'intermédiaire des membres qu'il désigne, d'exercer sur la gouvernance et la prise de décision de l'organisme une influence continue semblable à celle qu'on retrouve souvent dans les lois portant sur les organismes qui régissent une profession en contrôlant l'exercice par la délivrance de permis, comme l'architecture et le droit.

[63] Pour arriver à cette conclusion, j'ai gardé à l'esprit le contexte législatif dans lequel se pose la question, à savoir le sous-alinéa 9(1)n)(iii) de la *Loi sur les marques de commerce*. Cette disposition, rappelons-le, confère des avantages très importants dont ne jouissent pas les titulaires de marques de commerce, ce qui la rend susceptible de léser tant les titulaires existants de marques de commerce que le public. Une marque officielle n'a pas à distinguer des marchandises ou des services, elle peut être simplement descriptive et elle peut créer de la confusion avec la marque d'un tiers.

hardy and virtually unexpungeable” (*Mihaljevic v. British Columbia, supra*, at page 89) and, once the Registrar has given public notice under subparagraph 9(1)(n)(iii), no mark may be used that is likely to be confused with an official mark.

Une fois qu’avis public de son adoption et emploi a été donné, une marque officielle est [TRADUCTION] «résistante et pratiquement ineffaçable»: (*Mihaljevic c. Colombie-Britannique*, précité, à la page 89) et, une fois que le registraire a donné avis public en vertu du sous-alinéa 9(1)(n)(iii), aucune marque susceptible d’être confondue avec une marque officielle ne peut être employée.

[64] These considerations persuade me that subparagraph 9(1)(n)(iii) should not be given an expansive meaning by equating the need for legislative amendment with government control. To hold that any body created by statute satisfies the government control test would widen very considerably the range of bodies that may be able to claim the benefit of an official mark. A body that succeeded in securing a private Act of the Legislature would be recognized as a public authority if it could also show that its activities conferred a public benefit. And, according to the Applications Judge, the fact that the body also benefits its members does not preclude a finding of public benefit. Hence, the fact that a self-regulatory body is statutory, and its objects and powers may be amended unilaterally and exclusively by the Legislature that created it, does not in law constitute “governmental control” in this context.

[64] Ces considérations me convainquent qu’il faut se garder de donner au sous-alinéa 9(1)(n)(iii) un sens extensif en mettant sur le même pied la nécessité d’une modification législative et le contrôle gouvernemental. Maintenir que tout organisme créé par la loi satisfait au critère du contrôle gouvernemental élargirait en effet considérablement la gamme des organismes habilités à se prévaloir d’une marque officielle. Un organisme qui a réussi à obtenir une loi privée du législateur serait reconnu comme une autorité publique s’il pouvait aussi démontrer que ses activités profitent au public. Et, selon le juge, le fait que l’organisme avantage aussi ses membres n’empêche pas de conclure à un avantage pour le public en général. En conséquence, le fait qu’un organisme autonome soit d’origine législative et que ses objets et pouvoirs puissent être unilatéralement et exclusivement modifiés par le législateur qui l’a créé, ne constitue pas en droit un «contrôle gouvernemental» dans le présent contexte.

(ii) public benefit

[65] In view of my conclusion that the AATO is not subject to a sufficiently significant degree of governmental control to qualify as a public authority, it is strictly not necessary for me to consider whether the activities of the AATO satisfy the public benefit requirement. Nonetheless, I shall deal with this issue since it was fully canvassed in argument and constitutes the other half of the definition of a public authority.

(ii) l’intérêt du public

[65] Vu ma conclusion que l’AATO n’est pas soumise à un degré suffisamment important de contrôle gouvernemental pour qu’on puisse la considérer comme une autorité publique, il n’est pas strictement nécessaire que j’examine si ses activités satisfont à l’exigence de l’intérêt du public. Toutefois, je vais traiter de la question puisqu’elle a été discutée à fond dans les plaidoiries et qu’elle constitue l’autre moitié de la définition d’autorité publique.

[66] Counsel for the OAA submitted that the Applications Judge committed a legal error when he stated (*supra*, at paragraphs 19 and 22) that the AATO regulated the professions of architectural technician and architectural technologist. He said that, unlike the *Architects Act*, subsection 2(3), the objects of the AATO

[66] L’avocat de l’OAO a prétendu que le juge saisi de la demande a commis une erreur de droit en déclarant (aux paragraphes 19 et 22) que l’AATO régissait les professions d’architecte-technicien et d’architecte-technologue. Il a dit que, contrairement à la *Loi sur les architectes*, paragraphe 2(3), les objets de l’AATO

do not include the regulation of the practice of a profession. At most, the AATO regulates the conduct of its members and, through its powers to set standards and determine membership, controls who may claim membership and use the designations that are reserved almost exclusively for its members.

[67] I agree that the AATO does not regulate a profession in the sense of controlling professional activities in which only its members may lawfully engage. However, I do not accept that the Applications Judge committed a legal error in expressing himself as he did. For, as counsel for the AATO pointed out, by setting and enforcing standards of professional competence and ethical conduct of its members, the AATO regulates part of the practice of the profession. That is, it regulates the part of the profession in which practitioners use their membership in the AATO and the statutory designations, including architectural technician or architectural technologist, in connection with the services that they provide.

[68] Further, it was entirely reasonable in my opinion for the Applications Judge to conclude that the AATO's regulatory activities benefit the public. By engaging a member of the AATO, a client who requires the services offered by architectural technicians or architectural technologists has some assurance that the person engaged is competent and honest. Moreover, because the registrar of the AATO is under a duty to ensure the accuracy of the register, which must be available for public inspection, potential clients or employers can check whether a given person is a member.

[69] I would also agree with the Applications Judge that the fact the activities of the AATO may also benefit its members is not a fatal objection to characterizing them as benefiting the public. The mix of public and private benefit tends to be a feature of professional self-regulation, even when, as in the case of the legal profession for example, a statutory body regulates the practice of the profession and a non-statutory body acts as its advocate. Both perform functions (professional education, for example) that serve the interests of the public as citizens and clients, as well as those of members of the profession.

n'incluent pas la réglementation de l'exercice de la profession. Tout au plus, l'AATO régit la conduite de ses membres et, dans le cadre de son pouvoir d'établir des normes et de définir les conditions d'adhésion, décide qui peut revendiquer la qualité de membre et utiliser les désignations d'usage quasi exclusif.

[67] Je conviens que l'AATO ne régit pas une profession au sens où elle contrôlait les activités professionnelles que seuls ses membres peuvent légalement exercer. Toutefois, je ne suis pas d'accord pour dire que le juge a erré en droit en s'exprimant comme il l'a fait. Ainsi que l'avocat de l'AATO l'a souligné, en établissant et en appliquant des normes de compétence et de déontologie pour ses membres, l'AATO régit en partie l'exercice de la profession. C'est-à-dire qu'elle régit la partie de la profession qui touche l'emploi que font les praticiens de leur qualité de membre de l'AATO et des désignations légales, dont les titres d'architecte-technicien ou architecte-technologue, en liaison avec les services qu'ils rendent.

[68] En outre, il était tout à fait raisonnable à mon avis que le juge conclue que les activités de régie de l'AATO profitent au public. Lorsqu'il engage un membre de l'AATO, le client qui demande les services qu'offrent les architectes-techniciens ou les architectes-technologues a une certaine assurance que la personne engagée est compétente et honnête. De plus, du fait que le registraire de l'AATO a l'obligation de veiller à l'exactitude du registre, lequel doit être accessible au public, les clients ou employeurs potentiels peuvent vérifier si une personne donnée est membre de l'association.

[69] Je conviens aussi avec le juge que le fait que les activités de l'AATO puissent aussi profiter à ses membres n'empêche pas fatalement qu'elles puissent profiter au public. L'alliage de l'intérêt public et de l'intérêt privé tend à être une caractéristique de l'autonomie professionnelle, même si, comme dans le cas de la profession juridique par exemple, un organisme d'origine législative régit l'exercice de la profession et un organisme non législatif agit comme son défenseur. Les deux accomplissent des fonctions (par exemple la formation professionnelle) qui servent les intérêts du public en tant que citoyens et clients, au même titre que ceux des membres de la profession.

[70] Similarly, I am not persuaded by the further argument that the AATO does not exist for the benefit of the public because section 13 of the AATO Act provides that any surplus that the AATO derives from carrying on its affairs shall be applied to the pursuit of its objects and shall not be divided among the members. Counsel for the OAA argues that paragraph 2(e) of the Act provides that it is an object of the AATO to promote harmonious relationships among members in order to stimulate the development of the AATO and to enhance its public reputation. Accordingly, he argues, all the surplus could be spent on this object, which benefits the AATO's members and not the public.

[71] However, in my view this object has a dual function: to encourage the public to seek out the services of members of the AATO by eliminating unseemly conduct among members and thus enhancing the reputation of the AATO and its members, and, thereby, to increase members' professional income. Section 13 and paragraph 2(e) are not, in my opinion, incompatible with a finding that the AATO's activities benefit the public.

[72] Accordingly, the Applications Judge committed no reviewable error in concluding that the AATO satisfied the public benefit element of the definition of a public authority for the purpose of subparagraph 9(1)(n)(iii).

[73] Finally, I would note that, as with many other statutory self-regulatory professional bodies in Ontario, including the OAA, decisions of the AATO to refuse membership and to discipline members are subject to an appeal on questions of fact and law to the Divisional Court of the Superior Court of Justice. By expanding somewhat the scope of judicial review to which such decisions would otherwise be subject, the Legislature has provided another indication that the public benefits from the proper performance by the AATO of its functions.

E. CONCLUSIONS

[74] In view of my conclusion that the Applications Judge erred in law when he held that the AATO

[70] De la même manière, je ne suis pas convaincu par l'autre argument voulant que l'AATO n'existe pas dans l'intérêt du public parce que l'article 13 de la Loi AATO prévoit que tout surplus découlant des activités de l'association doit servir à la réalisation de ses objets et ne pas être réparti entre les membres. L'avocat de l'OAO prétend que l'alinéa 2e) de la Loi prévoit que l'un des objets de l'AATO est de promouvoir des rapports harmonieux entre les membres afin de stimuler le développement de l'association et d'accroître sa réputation. Par conséquent, plaide-t-il, tout le surplus pourrait être affecté à cette fin, ce qui profite aux membres de l'AATO et non au public.

[71] Toutefois, cet objet a à mon sens une double fonction: encourager le public à rechercher les services de membres de l'AATO en éliminant les cas d'inconduite et en accroissant ainsi la réputation de l'AATO et de ses membres, et augmenter ainsi le revenu professionnel des membres. L'article 13 et l'alinéa 2e) ne sont pas, à mon avis, incompatibles avec la conclusion que les activités de l'AATO profitent au public.

[72] Par conséquent, le juge saisi de la demande n'a commis aucune erreur révisable en concluant que l'AATO a satisfait à l'élément «intérêt du public» de la définition d'autorité publique aux fins du sous-alinéa 9(1)n)(iii).

[73] Enfin, je prends acte que, à l'instar de nombreux autres organismes professionnels autonomes constitués par la loi en Ontario, y compris l'OAO, les décisions de l'AATO touchant le refus d'accorder la qualité de membre et les sanctions disciplinaires sont susceptibles d'appel à la Cour divisionnaire de la Cour supérieure de justice sur des questions de fait et de droit. En étendant quelque peu la portée du contrôle judiciaire auquel de telles décisions seraient par ailleurs soumises, le législateur a fourni une autre indication que le public profite de l'exercice approprié des fonctions de l'AATO.

E. CONCLUSIONS

[74] Vu ma conclusion que le juge a erré en droit en concluant que l'AATO a établi qu'elle était soumise

established that it was subject to a significant degree of governmental control simply because it was created by statute, I do not propose to deal with the separate issue of whether the AATO had established that it had adopted and used the marks as official marks for services.

[75] The error committed by the Applications Judge requires that the appeal be allowed. Moreover, since the only connection between the AATO and government is its statutory creation, and its consequent inability to amend its objects, powers and duties without an amendment to its statute, the Registrar's decision to give public notice under subparagraph 9(1)(n)(iii) was either an unreasonable application of the statute to the facts or must have been based on a legal error, namely that, as a body created by statute, the AATO was thereby subject to a sufficiently significant degree of governmental control to be a public authority.

[76] For these reasons, I would allow the appeal with costs and set aside the order of the Trial Division, grant the application for judicial review with costs, and set aside the public notice given by the Registrar of the marks adopted and used by the AATO as official marks for services.

STONE J.A.: I agree.

SHARLOW J.A.: I agree.

dans une mesure importante au contrôle gouvernemental du simple fait qu'elle a été créée par la loi, je n'aborderai pas la question distincte de savoir si l'AATO avait établi qu'elle avait adopté et employé les marques comme marques officielles pour des services.

[75] L'erreur commise par le juge commande d'accueillir l'appel. De plus, du fait que le seul lien entre l'AATO et le gouvernement est celui d'avoir été créée par une loi, et de son inhabilité consécutive à modifier ses objets, pouvoirs et devoirs sans une modification législative, la décision du registraire de donner avis public conformément au sous-alinéa 9(1)n(iii) soit était une application déraisonnable de la loi aux faits, soit était fondée sur une erreur de droit, à savoir que, en tant qu'organisme créé par la loi, l'AATO était de ce fait soumise au contrôle gouvernemental dans une mesure suffisamment importante pour être une autorité publique.

[76] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel avec dépens et j'annulerais l'ordonnance de la Section de première instance, j'accorderais la demande de contrôle judiciaire avec dépens, et j'annulerais l'avis public, donné par le registraire, des marques adoptées et utilisées par l'AATO comme marques officielles pour des services.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris.

LE JUGE SHARLOW, J.C.A.: Je souscris.

IMM-1316-97
2002 FCT 727

IMM-1316-97
2002 CFPI 727

Angela Chesters (Plaintiff)

v.

Her Majesty the Queen in Right of Canada as represented by the Minister of Citizenship and Immigration (Defendant)

and

Council of Canadians With Disabilities (Intervener)

INDEXED AS: CHESTERS v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)

Trial Division, Heneghan J.—Toronto, January 7, 8, 9, 10, 11, 14, 15, 16, 17, 18, 21, 22, 23, 24, 25 and June 27, 2002.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Plaintiff suffering from multiple sclerosis declared medically inadmissible under Immigration Act, s. 19(1)(a)(ii) — S. 19(1)(a)(ii) not contrary to Charter ss. 7, 15.

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Plaintiff declared medically inadmissible under Immigration Act, s. 19(1)(a)(ii) as suffering from multiple sclerosis, reasonably likely to cause excessive demands on health services — Plaintiff's right to security of person not infringed in consequence of application of medical inadmissibility provision — Plaintiff not victim of state action — As potential immigrant, plaintiff subject to meeting requirements of Immigration Act, Regulations — No right to enter Canada in capacity of spouse of Canadian citizen — Process by which plaintiff assessed meeting criteria identified in Nova Scotia Pharmaceutical; tools exist to guide conduct of medical assessment, inform legal debate; assessment procedure not arbitrary; principles of natural justice not offended.

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Plaintiff declared medically inadmissible under Immigration Act, s. 19(1)(a)(ii) as suffering from multiple

Angela Chesters (demanderesse)

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada représentée par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (défenderesse)

et

Conseil des canadiens avec déficiences (intervenant)

RÉPERTORIÉ: CHESTERS c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1^{RE} INST.)

Section de première instance, juge Heneghan—Toronto, 7, 8, 9, 10, 11, 14, 15, 16, 17, 18, 21, 22, 23, 24, 25 janvier et 27 juin 2002.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — La demanderesse, atteinte de sclérose en plaques, a été jugée non admissible pour des raisons médicales en vertu de l'art. 19(1)a)(ii) de la Loi sur l'immigration — L'art. 19(1)a)(ii) n'est pas contraire aux art. 7 et 15 de la Charte.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — La demanderesse a été jugée non admissible pour des raisons médicales en vertu de l'art. 19(1)a)(ii) de la Loi sur l'immigration parce qu'elle souffre de sclérose en plaques et est vraisemblablement susceptible d'entraîner un fardeau excessif pour les services de santé — Le droit de la demanderesse à la sécurité de sa personne n'a pas été violé par suite de l'application de la disposition relative à la non-admissibilité pour des raisons médicales — La demanderesse n'a pas été victime d'un acte de l'État — En tant qu'immigrante éventuelle, elle était sujette à la satisfaction des exigences de la Loi sur l'immigration et du Règlement — Elle n'avait pas le droit d'entrer au Canada en sa qualité de conjointe d'un citoyen canadien — Le processus par lequel la demanderesse a été évaluée satisfait aux critères identifiés dans l'arrêt Nova Scotia Pharmaceutical; il existe des outils afin de guider la conduite de l'évaluation médicale et un débat judiciaire; la procédure d'évaluation n'est pas arbitraire; les principes de justice fondamentale ne sont pas enfreints.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — La demanderesse a été jugée non admissible pour des raisons médicales en vertu de l'art. 19(1)a)(ii) de la Loi

sclerosis, reasonably likely to cause excessive demands on health services — S. 19(1)(a)(ii) not in violation of Charter, s. 15 — In absence of evidence, Act's excessive demands provisions not having adverse discriminatory impact on persons in plaintiff's class — Case not about disability but medical assessment of potential immigrants within context of Canadian immigration law, therefore no discrimination on enumerated or analogous ground.

The plaintiff, a German citizen, married a Canadian citizen who was then living in England. She was diagnosed as having multiple sclerosis in 1991. When her husband transferred to Canada in 1994, they decided to move to Canada permanently. She applied for permanent residence, as a member of the family class. By then she was wheelchair bound. The medical officers involved concluded that her condition was expected to progress, resulting in repeated hospitalization and specialist care, placing an excessive demand on health and social services, and that she was therefore inadmissible pursuant to subparagraph 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act*. The visa officer concurred with this medical assessment and her husband was advised that the plaintiff was medically inadmissible to Canada. The plaintiff was nevertheless issued a Minister's permit, allowing her to enter Canada.

Here, the plaintiff, through an action for a declaration, challenged the constitutionality of subparagraph 19(1)(a)(ii) on the grounds that it contravenes both sections 7 and 15 of the Charter. It allegedly offends section 7, the guarantee of life, liberty and security of the person, by placing her in a situation of uncertainty as to her civil status in Canada (hence, mental and psychological stress) and dependent upon the charity of the Governor in Council in granting her status to be in Canada. She further alleged that lack of access to provincial health benefits constitutes an infringement of her rights under section 7 of the Charter. She also argued that the process by which her medical condition was assessed was the result of a constitutionally vague process. The legislation does not prescribe a precise means of calculating "excessive demand". She submitted that the process by which her medical assessment was conducted was procedurally flawed because it was based on an arbitrary process improperly relying on stereotyped reasoning concerning persons with disabilities.

sur l'immigration parce qu'elle souffre de sclérose en plaques et est vraisemblablement susceptible d'entraîner un fardeau excessif pour les services de santé — L'art. 19(1)(a)(ii) ne viole pas l'art. 15 de la Charte — En l'absence de preuve, les dispositions de la Loi relatives au fardeau excessif n'ont pas d'effets discriminatoires sur les personnes appartenant à la catégorie à laquelle appartient la demanderesse — Cette affaire ne concerne pas la déficience, mais l'évaluation médicale relativement à des immigrants éventuels au Canada dans le contexte du droit de l'immigration canadien, il n'y a donc aucune discrimination fondée sur un motif énuméré ou analogue.

La demanderesse, une citoyenne allemande, a marié un citoyen canadien qui vivait alors en Angleterre. En 1991, elle a appris qu'elle était atteinte de sclérose en plaques. Lors du transfert du conjoint au Canada en 1994, ils ont décidé de s'y établir en permanence. Elle a présenté une demande de résidence permanente en tant que membre de la catégorie des parents. À cette époque, elle se déplaçait à l'aide d'un fauteuil roulant. Les médecins agréés à qui le dossier avait été confié ont conclu qu'ils s'attendaient à ce que son état évolue et entraîne des hospitalisations et des soins spécialisés répétés, plaçant ainsi un fardeau excessif sur les services de santé et les services sociaux, et qu'elle était, en conséquence, non-admissible en vertu du sous-alinéa 19(1)(a)(ii) de la *Loi sur l'immigration*. L'agent des visas a souscrit à cette évaluation médicale et il a informé le conjoint de la demanderesse que celle-ci était non-admissible au Canada pour des raisons médicales. Un permis ministériel a néanmoins été délivré à la demanderesse, lui permettant d'être admise au Canada.

La demanderesse conteste, par une action en jugement déclaratoire, la constitutionnalité du sous-alinéa 19(1)(a)(ii) au motif qu'il contrevient aux articles 7 et 15 de la Charte. La disposition enfreindrait l'article 7, savoir le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, parce qu'elle place la demanderesse dans une situation d'incertitude quant à son état civil au Canada (source de tension mentale et psychologique) et parce qu'elle dépend de la charité du gouverneur en conseil pour qu'un statut lui soit accordé au Canada. La demanderesse a également allégué que l'absence d'accès aux avantages provinciaux en matière de santé constitue une violation de ses droits en vertu de l'article 7 de la Charte. Elle prétend également que le processus par lequel son état de santé a été évalué était le résultat d'un processus constitutionnellement imprécis. Le droit ne prescrit pas de moyen précis pour évaluer ce qui constitue un «fardeau excessif». La demanderesse soutient que le processus par lequel son évaluation médicale s'est déroulée était vicié sur le plan procédural parce qu'il était basé sur un processus arbitraire qui s'appuyait de manière irrégulière sur un raisonnement stéréotypé concernant les personnes handicapées.

The plaintiff argued that the medical admissibility provision offends section 15 of the Charter because it identifies a class of people who are singled out and subjected to closer scrutiny on the basis of a disease, disorder or disability. If not discriminatory on its face, it was argued, then it still breaches the guarantee of equality because it has an adverse discriminatory effect. The intervener additionally submitted that the provision was further flawed by failing to address the potential contribution to be made to Canada by persons suffering from disabilities.

Held, the action should be dismissed.

In *Law v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, the Supreme Court of Canada proposed a three-step framework for analyzing a section 15 claim. The first step is to determine whether subparagraph 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act* draws a distinction, based on one or more personal characteristics, between the plaintiff and some other person or group to whom she may be properly compared, resulting in unequal treatment. While the plaintiff proposed able-bodied spouses as the comparator group, the proper comparator group was the family class—the capacity in which the plaintiff sought admission to Canada.

The application of subparagraph 19(1)(a)(ii) did not result in differential treatment in relation to the comparator group. The application of this provision results in different consequences for individuals since those who are found to be medically admissible will be permitted to enter Canada, so long as they meet the other requirements of the *Immigration Act* and Regulations. Those who are found to be medically inadmissible will not be authorized to enter Canada, regardless of whether they satisfy the other requirements. The excessive demands provisions of the Act do not have an adverse discriminatory impact on persons in the plaintiff's class in the absence of evidence to that effect. Furthermore, the adverse effect arguments are subject to the legal context prevailing here—admissibility of persons to Canada under the immigration law. Entry is not a right for anyone other than Canadian citizens and permanent residents. It is a privilege, and its grant lies within the purview of the Canadian government, which is entitled to establish entry standards, including an assessment of potential excessive demands on health services.

La demanderesse soutient que la disposition relative à l'admissibilité pour des raisons médicales enfreint l'article 15 de la Charte parce qu'elle identifie une catégorie de gens qui doivent être choisis et faire l'objet d'un examen plus approfondi sur la base d'une maladie ou d'une invalidité. Si, selon l'argument, la disposition n'est pas discriminatoire comme telle, elle viole quand même le droit à l'égalité parce qu'elle crée une discrimination par suite d'un effet préjudiciable. L'intervenant soutient en outre que la disposition est également viciée par l'omission d'aborder la contribution potentielle pouvant être faite pour le Canada par des personnes souffrant de déficiences.

Jugement: l'action doit être rejetée.

Dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, la Cour suprême du Canada propose une analyse en trois étapes relativement à une allégation fondée sur l'article 15. La première étape consiste à déterminer si le sous-alinéa 19(1)(a)(ii) de la *Loi sur l'immigration* établit entre la demanderesse et une autre personne ou un autre groupe avec lequel elle pourrait être comparée de manière appropriée, une distinction fondée sur une ou plusieurs caractéristiques personnelles, créant ainsi une inégalité. Même si la demanderesse propose que les conjoints physiquement aptes constituent le groupe de comparaison, c'est la catégorie des parents qui constitue le groupe de comparaison approprié—la qualité en vertu de laquelle la demanderesse visait à être admise au Canada.

L'application du sous-alinéa 19(1)(a)(ii) n'a pas donné lieu à une différence de traitement relativement au groupe de comparaison. L'application de cette disposition a des conséquences différentes selon les personnes, puisque celles qui sont jugées admissibles pour des raisons médicales auront la permission d'entrer au Canada, en autant qu'elles satisfont aux autres exigences de la *Loi sur l'immigration* et du Règlement. Celles qui sont jugées non admissibles pour des raisons médicales ne seront pas autorisées à entrer au Canada, sans égard au fait qu'elles satisfassent aux autres exigences. En l'absence de preuve à cet effet, les dispositions de la Loi relatives au fardeau excessif n'ont pas d'effets discriminatoires sur des personnes appartenant à la catégorie à laquelle appartient la demanderesse. De plus, l'argumentation relative aux effets préjudiciables est sujette au contexte juridique prévalant en l'espèce—l'admissibilité des personnes qui, en vertu du droit de l'immigration, cherchent à entrer au Canada. L'entrée constitue un droit exclusif aux citoyens canadiens et aux résidents permanents. Il s'agit d'un privilège pour les autres et son octroi est du ressort du gouvernement du Canada qui a le droit d'établir des normes d'entrée, y compris une évaluation relative au fardeau excessif éventuel pour les services de santé.

Subparagraph 19(1)(a)(ii) is not directed to any of the specified grounds in subsection 15(1) of the Charter. It is directed to excessive demands. The argument of discrimination on the basis of an analogous ground must also fail. The provision in question focuses on excessive demands, not on disease, disorder or disability. Contrary to the stance taken by the plaintiff, this case is not about disability but the medical assessment of potential immigrants to Canada within the context of Canadian immigration law. By its nature, immigration legislation must be selective. The process of assessing medical condition for the purposes of determining excessive demands upon existing Canadian health services is an aspect of the screening process to which immigrants are subject. This is neither within the enumerated grounds of subsection 15(1), nor is it analogous to it.

In *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, the Supreme Court found that the constitutional guarantee of security of the person did not protect against "ordinary stresses and anxieties that a person of reasonable sensibility would suffer as a result of government action." The plaintiff's right to security of the person was not infringed in consequence of the application of the medical inadmissibility provision. She was not the victim of state action. As a potential immigrant, she was subject to meeting the requirements of the *Immigration Act* and Regulations. She had no right to enter Canada in her capacity as the spouse of a Canadian citizen.

There was no breach of Charter, section 7, in relation to the application of subparagraph 19(1)(a)(ii), on the basis of vagueness. The process by which the plaintiff was assessed met the criteria identified in *Nova Scotia Pharmaceutical*. There are tools to guide the conduct of the medical assessment and to inform a legal debate. The assessment procedure is not arbitrary. The principles of fundamental justice were not offended.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7, 8, 15, 24.

Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 3 (as am. by

Le sous-alinéa 19(1)a(ii) n'est dirigé vers aucun des motifs énoncés dans le paragraphe 15(1) de la Charte. Il est dirigé vers le fardeau excessif. L'argument de discrimination fondée sur un motif analogue doit être rejeté. La disposition en cause met l'accent sur le fardeau excessif, non sur une maladie ou une invalidité. Contrairement à la position adoptée par la demanderesse, cette affaire ne concerne pas la déficience, mais l'évaluation médicale relativement à des immigrants éventuels au Canada dans le contexte du droit de l'immigration canadien. De par sa nature, la législation régissant l'immigration doit être sélective. Le processus d'évaluation des examens médicaux en vue de déterminer s'il y a un fardeau excessif pour les services de santé canadiens constitue un aspect du processus d'examen dont les immigrants éventuels font l'objet. Ces éléments ne sont pas visés par les motifs énumérés au paragraphe 15(1) ou par un motif analogue.

Dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, la Cour suprême a conclu que la garantie constitutionnelle de sécurité de la personne ne protège pas contre «les tensions et angoisses ordinaires qu'une personne ayant une sensibilité raisonnable éprouverait par suite d'un acte gouvernemental». Le droit de la demanderesse à la sécurité de sa personne n'a pas été violé par suite de l'application de la disposition relative à la non-admissibilité pour des raisons médicales. Elle n'a pas été victime d'un acte de l'État. En tant qu'immigrante éventuelle, elle était sujette à la satisfaction des exigences de la *Loi sur l'immigration* et du Règlement. Elle n'avait pas le droit d'entrer au Canada en sa qualité de conjointe d'un citoyen canadien.

Relativement à l'application du sous-alinéa 19(1)a(ii), il n'y a pas eu violation de l'article 7 de la Charte en raison de l'imprécision. Le processus avec lequel la demanderesse a été évaluée satisfait aux critères identifiés dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical*. Il existe des outils afin de guider la conduite de l'évaluation médicale et un débat judiciaire. La procédure d'évaluation n'est pas arbitraire. Les principes de justice fondamentale ne sont pas enfreints.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7, 8, 15, 24.

Déclaration universelle des droits de l'homme, Res AG 217 A (III), Doc. Off. AGNU, 10 décembre 1948.

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. 52.

R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 2), 8, 11(1), 19(1)(a)(ii), 38 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 27).
Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 22 (as am. by SOR/78-316, s. 2).
Universal Declaration of Human Rights, GA Res. 217 A (III), UN GAOR, December 10, 1948.

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 3 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 2), 8, 11(1), 19(1)(a)(ii), 38 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 27).
Régime de pension du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8.
Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 22 (mod. par DORS/78-316, art. 2).

CASES JUDICIAALLY CONSIDERED

APPLIED:

Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1999] 1 S.C.R. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 236 N.R. 1; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703; (2000), 186 D.L.R. (4th) 1; 50 C.C.E.L. (2d) 177; 253 N.R. 329; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; (1999), 176 D.L.R. (4th) 1; [1999] 10 W.W.R. 1; 127 B.C.A.C. 161; 66 B.C.L.R. (3d) 253; 46 C.C.E.L. (2d) 206; 244 N.R. 145; *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; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; (1988), 67 O.R. (2d) 63; 55 D.L.R. (4th) 673; 45 C.C.C. (3d) 296; 66 C.R. (3d) 297; 89 N.R. 1; 30 O.A.C. 241; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; (1992), 114 N.S.R. (2d) 91; 93 D.L.R. (4th) 36; 313 A.P.R. 91; 74 C.C.C. (3d) 289; 43 C.P.R. (3d) 1; 15 C.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 34; 139 N.R. 241; *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.

CONSIDERED:

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.

REFERRED TO:

Irshad (Litigation guardian of) v. Ontario (Minister of Health) (2001), 55 O.R. (3d) 43; 197 D.L.R. (4th) 103; 141 O.A.C. 239 (C.A.); *Prata v. Minister of Manpower & Immigration*, [1976] 1 S.C.R. 376; (1975), 52 D.L.R. (3d) 383; 3 N.R. 484; *Ismaili v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 100 F.T.R. 139; 29 Imm. L.R. (2d) 1 (F.C.T.D.); *Poon v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 198 F.T.R. 56; 10 Imm. L.R. (3d) 75 (F.C.T.D.); *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia*

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 R.C.S. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 236 N.R. 1; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703; (2000), 186 D.L.R. (4th) 1; 50 C.C.E.L. (2d) 177; 253 N.R. 329; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; (1999), 176 D.L.R. (4th) 1; [1999] 10 W.W.R. 1; 127 B.C.A.C. 161; 66 B.C.L.R. (3d) 253; 46 C.C.E.L. (2d) 206; 244 N.R. 145; *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; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; (1988), 67 O.R. (2d) 63; 55 D.L.R. (4th) 673; 45 C.C.C. (3d) 296; 66 C.R. (3d) 297; 89 N.R. 1; 30 O.A.C. 241; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; (1992), 114 N.S.R. (2d) 91; 93 D.L.R. (4th) 36; 313 A.P.R. 91; 74 C.C.C. (3d) 289; 43 C.P.R. (3d) 1; 15 C.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 34; 139 N.R. 241; *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.

DÉCISION EXAMINÉE:

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.

DÉCISIONS CITÉES:

Irshad (Litigation guardian of) c. Ontario (Minister of Health) (2001), 55 O.R. (3d) 43; 197 D.L.R. (4th) 103; 141 O.A.C. 239 (C.A.); *Prata c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376; (1975), 52 D.L.R. (3d) 383; 3 N.R. 484; *Ismaili c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 100 F.T.R. 139; 29 Imm. L.R. (2d) 1 (C.F. 1^{re} inst.); *Poon c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 198 F.T.R. 56; 10 Imm. L.R. (3d) 75 (C.F. 1^{re} inst.); *Colombie-Britannique (Superintendent*

(*Council of Human Rights*), [1999] 3 S.C.R. 868; (1999), 181 D.L.R. (4th) 385; [2000] 1 W.W.R. 565; 131 B.C.A.C. 280; 70 B.C.L.R. (3d) 215; 47 M.V.R. (3d) 167; 249 N.R. 45; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 92 CLLC 14,036; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1.

ACTION for a declaration that the medical inadmissibility provision of the *Immigration Act* (subparagraph 19(1)(a)(ii)) is discriminatory and unconstitutional because it offends the guarantees of security of the person and equality in sections 7 and 15 of the Charter. Action dismissed.

APPEARANCES:

Ronald P. Poulton and *Ena Chadha* for plaintiff.

Debra M. McAllister, *Diane B. N. Dagenais* and *Ann Margaret Oberst* for defendant.

J. David Baker for intervener.

SOLICITORS OF RECORD:

Mamann & Associates, Toronto, for plaintiff.

Deputy Attorney General of Canada for defendant.

Bakerlaw, Toronto, for intervener.

The following are the reasons for order rendered in English by

HENEGHAN J.:

INTRODUCTION

[1] Mrs. Angela Chesters (the plaintiff) seeks a declaration that the medical inadmissibility provision of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, as amended (the Act) in subparagraph 19(1)(a)(ii), is discriminatory and unconstitutional because it offends the constitutional guarantees of security of the person and equality provided in 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]] (the Charter), sections 7 and 15.

of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights), [1999] 3 R.C.S. 868; (1999), 181 D.L.R. (4th) 385; [2000] 1 W.W.R. 565; 131 B.C.A.C. 280; 70 B.C.L.R. (3d) 215; 47 M.V.R. (3d) 167; 249 N.R. 45; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 92 CLLC 14,036; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1.

ACTION en jugement déclarant que la disposition relative à la non-admissibilité pour raisons médicales de la *Loi sur l'immigration* (sous-alinéa 19(1)a)(ii)) est discriminatoire et inconstitutionnelle parce qu'elle viole les droits à la sécurité de la personne et à l'égalité prévus aux articles 7 et 15 de la Charte. Action rejetée.

ONT COMPARU:

Ronald P. Poulton et *Ena Chadha* pour la demanderesse.

Debra M. McAllister, *Diane B. N. Dagenais* et *Ann Margaret Oberst* pour la défenderesse.

J. David Baker pour l'intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Mamann & Associates, Toronto, pour la demanderesse.

Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

Bakerlaw, Toronto, pour l'intervenant.

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

LE JUGE HENEGHAN:

INTRODUCTION

[1] M^{me} Angela Chesters (la demanderesse) vise à obtenir une déclaration à l'effet que la disposition concernant la non-admissibilité pour des raisons d'ordre médical de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, dans sa forme modifiée (la Loi), au sous-alinéa 19(1)a)(ii), est discriminatoire et inconstitutionnelle, parce qu'elle porte atteinte aux garanties de sécurité de la personne et d'égalité prévues dans la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11

(R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte), aux articles 7 et 15.

FACTS

[2] The plaintiff is a German citizen. She was raised and educated in Germany and obtained a first-level teaching certificate in 1980. This authorized her to teach foreign languages and in 1981 she obtained a term position teaching foreign languages in Northern Ireland.

[3] She subsequently pursued graduate studies in history at the University of New Mexico in Los Alamos. She obtained a masters degree from that university in 1989. She commenced research with a view to pursuing a doctoral degree in history but encountered difficulties in locating a supervisor. In 1987, the plaintiff returned to Germany and took up employment in Frankfurt. At that time, she met Mr. Robin Chesters and a romantic relationship developed between them. In January 1991, the plaintiff moved to England where Mr. Chesters was then employed.

[4] While living in England, the plaintiff decided to embark upon a further course of studies and she enrolled at the University of Kingston in Surrey, England to obtain a degree in information technology. By this time, the plaintiff was having difficulty in walking that followed problems she had experienced in 1985. She underwent medical investigations in August 1991 at Maida Vale Hospital, London. Those investigations included physical examinations and a magnetic resonance imaging test (MRI). On September 23, 1991, the plaintiff was advised by her doctor that she had multiple sclerosis.

[5] This diagnosis came as a major shock to the plaintiff. She described her reaction as one of numbness. However, she was not deterred from continuing with her intended studies and began her program at the University of Kingston in September

FAITS

[2] La demanderesse est une citoyenne allemande. Elle a été élevée et éduquée en Allemagne et elle a obtenu un certificat d'enseignement de premier cycle en 1980. Cela l'autorisait à enseigner les langues étrangères et, en 1981, elle a obtenu un poste à durée déterminée pour enseigner les langues étrangères en Irlande du Nord.

[3] Elle a, par la suite, poursuivi des études de deuxième cycle en histoire à l'Université du Nouveau-Mexique à Los Alamos. Elle a obtenu une maîtrise de cette université en 1989. Elle a commencé des recherches en vue de poursuivre des études de doctorat en histoire, mais elle a éprouvé des difficultés à se trouver un directeur de thèse. En 1987, la demanderesse est retournée en Allemagne et a pris un emploi à Francfort. À cette époque, elle a rencontré M. Robin Chesters et une relation romantique s'est développée entre eux. En janvier 1991, la demanderesse a déménagé en Angleterre, là où M. Chesters travaillait alors.

[4] Alors qu'elle vivait en Angleterre, la demanderesse a décidé de se lancer dans un autre programme d'études et elle s'est inscrite à l'Université de Kingston dans le Surrey, en Angleterre, afin d'obtenir un diplôme en technologie de l'information. À cette époque, la demanderesse éprouvait des difficultés à marcher, cela faisait suite à des problèmes qu'elle avait ressentis en 1985. Elle a subi des examens médicaux en août 1991 au Maida Vale Hospital, à Londres. Ces examens comprenaient des examens physiques et un test d'imagerie par résonance magnétique (IRM). Le 23 septembre 1991, la demanderesse a été avisée par son médecin qu'elle souffrait de la sclérose en plaques.

[5] Ce diagnostic a créé un choc important pour la demanderesse. Elle a décrit sa réaction comme en étant une de torpeur. Cependant, cela ne l'a pas dissuadée de continuer les études qu'elle projetait et elle a commencé son programme à l'Université de Kingston en

1991, as planned. The diagnosis of multiple sclerosis did not prevent the plaintiff from pursuing these further studies nor interfere with her plans to marry, and on December 20, 1991, the plaintiff married Mr. Robin Chesters.

[6] Prior to their marriage they had discussed plans for children in the future. Although Mr. Chesters was not as keen as his wife, the plaintiff testified that, following discussions between them, he agreed that they would have at least one child. This agreement was reached after the diagnosis of multiple sclerosis and prior to their marriage.

[7] After her diagnosis the plaintiff was not prescribed any particular form of treatment, other than drugs relative to continuing urinary incontinence. She began a course of medical consultations at six monthly intervals, and this pattern continued until 1994, when she left England. With the exception of a medical examination including an MRI which the plaintiff required for her subsequent employment in Germany, her medical treatment since 1991 consisted of consultations and reviews, and continuing treatment, including prescription medications, for incontinence.

[8] The plaintiff completed her course of studies and obtained a Masters in Science and Information Technology by October 1992. The course program had required a work component which she completed at Hammersmith Hospital. The plaintiff used a wheelchair between April and June 1992, but otherwise was able to walk and to use buses and cabs for transportation.

[9] Following completion of the degree at the University of Kingston, including the related work at Hammersmith Hospital, the plaintiff obtained a contract job with the British Broadcasting Corporation (BBC). At this time, the plaintiff and her husband were living in Hampton Wick, about 11 miles [17,7 kilometres] west of London, and she commuted daily to London. She worked full time and her average work week, including commuting time, was 70 hours a week. The plaintiff

septembre 1991, comme prévu. Le diagnostic de sclérose en plaques n'a pas empêché la demanderesse de poursuivre ces études additionnelles et cela n'a pas dérangé ses plans de mariage et, le 20 décembre 1991, la demanderesse se mariait avec M. Robin Chesters.

[6] Avant leur mariage, ils avaient élaboré des plans pour des enfants dans le futur. Bien que M. Chesters n'était pas aussi intéressé que sa femme à cette idée, la demanderesse a affirmé, dans son témoignage que, à la suite de discussions entre eux, il a acquiescé au fait qu'ils auraient au moins un enfant. Ils ont convenu de cette entente après le diagnostic de sclérose en plaques et avant leur mariage.

[7] Après son diagnostic, on n'a prescrit aucune forme de traitement particulier à la demanderesse, à part des médicaments relatifs à une incontinence urinaire permanente. Elle a commencé une série de consultations médicales à des intervalles semestriels et cela s'est poursuivi jusqu'en 1994, lorsqu'elle a quitté l'Angleterre. À l'exception d'un examen médical comprenant un IRM dont la demanderesse a eu besoin pour son emploi ultérieur en Allemagne, son traitement médical depuis 1991 était constitué de consultations et d'examen, ainsi que d'un traitement continu, y compris des médicaments sur ordonnance, pour l'incontinence.

[8] La demanderesse a achevé son programme d'études et a obtenu une maîtrise en sciences et en technologie de l'information en octobre 1992. Le programme de cours avait nécessité une composante «travail» qu'elle a achevée au Hammersmith Hospital. La demanderesse a utilisé un fauteuil roulant entre avril et juin 1992, mais elle a, par ailleurs, été en mesure de marcher et de prendre les autobus et les taxis pour son transport.

[9] Après l'obtention du diplôme à l'Université de Kingston, y compris le travail connexe au Hammersmith Hospital, la demanderesse a obtenu un travail contractuel à la British Broadcasting Corporation (BBC). À cette époque, la demanderesse et son mari vivaient à Hampton Wick, à environ 11 milles (17,7 kilomètres) à l'ouest de Londres et elle se rendait quotidiennement à Londres. Elle travaillait à temps plein et sa semaine moyenne de travail, y compris le temps du

testified that she also worked, from home, on the weekends. Her contract with the BBC ended in April 1993.

[10] By late 1992, early 1993, the plaintiff had progressed to using a manual wheelchair which she propelled with her arms. By the end of 1993, the plaintiff was using a wheelchair all the time. In 1994, she got an electric wheelchair and by the beginning of 1995, she was using it on a full-time basis.

[11] In May 1993, the plaintiff travelled to Toronto, Ontario, with her husband. Mr. Chesters was attending a conference. This was the plaintiff's first visit to Canada and she accompanied her husband with a view to relocating to Canada, to establish themselves and a family. Mr. Chesters, a native of South Africa, had immigrated to Canada in 1971 and subsequently became a Canadian citizen. He considered Canada his adopted home.

[12] In 1994, Mr. Chesters was working in England for General Electric. He sought a transfer to Canada and in May 1994 an opportunity presented for his return to Canada to work on a special project. The plaintiff and her husband discussed the opportunity and decided to move back to Canada. It then became necessary for the plaintiff to seek status in Canada and on June 16, 1994, she submitted her application for permanent residence, as a member of the family class, to the Canadian High Commission in London.

[13] The plaintiff's application for permanent residence, together with the undertaking signed by her husband and a covering letter, was delivered to the Canadian High Commission in London on June 16, 1994, by her husband Mr. Robin Chesters. At that time, Mr. Chesters met with Mr. Ernest Alston, a visa officer at the High Commission. In accordance with the usual practice, the application was subject to a preliminary determination on admissibility.

[14] According to the computerized case notes maintained by the visa officer, and the evidence of Mr.

déplacement, était de 70 heures par semaine. La demanderesse a affirmé, dans son témoignage, qu'elle travaillait également à la maison pendant les fins de semaine. Son contrat avec la BBC s'est terminé en avril 1993.

[10] À la fin de 1992, début 1993, la demanderesse avait commencé à utiliser un fauteuil roulant manuel qu'elle poussait avec ses bras. À la fin de 1993, la demanderesse utilisait un fauteuil roulant en tout temps. En 1994, elle a eu un fauteuil électrique et au début de 1995, elle l'utilisait à temps plein.

[11] En mai 1993, la demanderesse a voyagé jusqu'à Toronto, en Ontario, avec son mari. M. Chesters se rendait à une conférence. C'était la première fois que la demanderesse visitait le Canada et elle accompagnait son mari en vue de se relocaliser au Canada, de s'établir avec une famille. M. Chesters, originaire de l'Afrique du Sud, avait immigré au Canada en 1971 et était, par la suite, devenu un citoyen canadien. Il considérait le Canada comme son foyer d'adoption.

[12] En 1994, M. Chesters travaillait en Angleterre pour la General Electric. Il a demandé d'être transféré au Canada et, en mai 1994, il s'est présenté une occasion pour qu'il retourne au Canada pour travailler sur un projet spécial. La demanderesse et son mari ont discuté de l'occasion et ils ont décidé de se réinstaller au Canada. Il est alors devenu nécessaire pour la demanderesse de demander le statut d'immigrant au Canada et, le 16 juin 1994, elle a présenté sa demande de résidence permanente, en tant que membre de la catégorie des parents, au Haut-commissariat du Canada à Londres.

[13] La demande de résidence permanente de la demanderesse, accompagnée de l'engagement signé par son mari et d'une lettre d'accompagnement, a été livrée au Haut-commissariat du Canada à Londres le 16 juin 1994, par son mari, M. Robin Chesters. À ce moment-là, M. Chesters a rencontré M. Ernest Alston, un agent des visas au Haut-commissariat. Selon la pratique habituelle, la demande a fait l'objet d'une décision préliminaire concernant son admissibilité.

[14] Selon les notes de cas informatisées conservées par l'agent des visas, ainsi que le témoignage de

Chesters, Mr. Alston commented on the plaintiff's condition of multiple sclerosis and advised that this might constitute an impediment to her admission into Canada. However, again in accordance with the usual practice as explained by Ms. Joan Atkinson, currently Assistant Deputy Minister of Policy Program and Development with the Department of Citizenship and Immigration, the plaintiff was advised that she would have to undergo a medical examination at her own risk and at her own cost.

[15] All prospective immigrants to Canada are required to undergo a medical examination, according to the evidence of Ms. Atkinson. The request to undergo the medical examination is not a commitment that a potential applicant for permanent residence would be accepted.

[16] The plaintiff was provided with the names of three Designated Medical Practitioners (DMPs). DMPs are local physicians who are recruited by the Canadian government to conduct medical examinations for overseas visa applicants.

[17] The plaintiff decided to visit Dr. Roodyn and did so on June 20, 1994. He conducted a basic medical examination and made arrangements for the plaintiff to undergo a chest X-ray and blood work. He obtained the plaintiff's personal medical history as a result of a question and answer process; he did not have a copy of her visa application before him and according to the plaintiff, he did not ask about her employment, education, past work experience or plans for the future.

[18] Dr. Roodyn completed the portions of the medical report form which he was required to complete, including the medical examination, physical examination and his notes addressing particular matters, including a conclusion and diagnosis. His conclusion provided as follows:

The multiple sclerosis appears to be stable at present but further attacks of demyelination are an ever present possibility. She is wheelchair bound and as the years progress, will require increasing nursing care. On medical grounds, I would not pass her as fit for immigration.

M. Chesters, M. Alston a émis des commentaires concernant l'état de sclérose en plaques de la demanderesse et l'a avisé que cela pouvait constituer un obstacle à son admission au Canada. Cependant, encore une fois selon la pratique habituelle, comme l'a expliqué M^{me} Joan Atkinson, actuellement sous-ministre adjointe du développement des politiques et des programmes au ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration, la demanderesse a été avisée qu'elle devrait subir un examen médical à ses propres risques et frais.

[15] Tous les immigrants éventuels au Canada doivent subir un examen médical, selon le témoignage de M^{me} Atkinson. La demande pour subir un examen médical ne constitue pas un engagement qu'un demandeur potentiel de résidence permanente serait accepté.

[16] On a fourni à la demanderesse les noms de trois médecins désignés (MD). Les MD sont des médecins locaux qui sont recrutés par le gouvernement du Canada afin d'effectuer des examens médicaux pour les demandeurs de visa outre-mer.

[17] La demanderesse a décidé d'aller voir le D^r Roodyn, ce qu'elle a fait le 20 juin 1994. Il a effectué un examen médical de base et il a pris des dispositions pour que la demanderesse subisse une radiographie pulmonaire et des examens hématologiques. Il a obtenu les antécédents médicaux personnels de la demanderesse par suite d'un processus de questions et réponses; il ne possédait pas de copie de sa demande de visa et, selon la demanderesse, il ne l'a pas interrogée concernant son emploi, sa formation, ses antécédents professionnels ou ses projets d'avenir.

[18] Le D^r Roodyn a rempli les parties du rapport médical qu'il devait remplir, y compris l'examen médical, l'examen physique ainsi que ses notes abordant des sujets particuliers, y compris une conclusion ainsi qu'un diagnostic. Sa conclusion précisait ce qui suit:

[TRADUCTION] La sclérose en plaques semble être stable en ce moment, mais de nouvelles attaques de démyélinisation constituent une possibilité, toujours présente. Elle se déplace à l'aide d'un fauteuil roulant et, avec les années, elle aura besoin de plus en plus de soins infirmiers. Je ne l'admettrais pas, pour des raisons médicales, comme apte pour l'immigration.

[19] The plaintiff attended for her medical examination before the DMP on June 20. By letter dated June 22, 1994, her husband notified the High Commission that they intended to leave England for Canada within a few weeks. Mr. Chesters at that time was inquiring about the status of the plaintiff's application. Mr. Alston responded by telephone on June 24, 1994 and advised that processing of the application was not complete and that the plaintiff could travel to Canada on a visitor's visa. That is what she did.

[20] This medical report was forwarded to the Canadian High Commission in London where it was reviewed by a visa officer. It was determined that further information on the plaintiff's condition was required and on July 13, 1994 a letter was sent out to the plaintiff, over the signature of Dr. Elliott, requesting the provision of further information. Specifically, the letter requested a current report from a neurologist. The process of requesting further information about the plaintiff's medical condition was known as "furthering" the initial medical examination.

[21] In due course, the plaintiff submitted further information, consisting of letters and reports from the time of the initial diagnosis of multiple sclerosis in August 1991 up to and including a letter dated July 29, 1994 from her family doctor, Dr. Giovanna Mallucci. No new information was available at that time and Dr. Mallucci concluded her letter by saying there was "nothing further I can contribute."

[22] The results of the medical examination and the further information were submitted to the medical office of the High Commission. The two medical officers who were involved in the assessment of the plaintiff's case were Dr. A. Williams and Dr. John Lazarus.

[23] Dr. Williams, although a Canadian trained physician, was not a permanent member of the staff of the Canadian High Commission. He was retained on contract and his job was to review medical

[19] La demanderesse s'est rendue à son examen médical devant le MD le 20 juin. Dans une lettre datée du 22 juin 1994, son mari a avisé le Haut-commissariat qu'ils avaient l'intention de quitter l'Angleterre pour le Canada dans les semaines à venir. M. Chesters, à ce moment-là, demandait des renseignements au sujet du statut de la demande de la demanderesse. M. Alston a répondu par téléphone le 24 juin 1994 et l'a avisé que le traitement de la demande n'était pas terminé et que la demanderesse pouvait se rendre au Canada avec un visa de visiteur. C'est ce qu'elle a fait.

[20] Ce rapport médical a été acheminé au Haut-commissariat à Londres où il a été examiné par un agent des visas. Il a été décidé que de plus amples renseignements étaient nécessaires concernant l'état de la demanderesse et, le 13 juillet 1994, une lettre a été expédiée à la demanderesse, signée par le D^r Elliott, demandant que de plus amples renseignements soient fournis. La lettre demandait en particulier le rapport le plus récent d'un neurologue. Le processus de demander de plus amples renseignements au sujet de l'état de santé de la demanderesse était connu comme [TRADUCTION] «l'approfondissement» de l'examen médical initial.

[21] La demanderesse a présenté, en temps opportun, de plus amples renseignements, consistant en des lettres et des rapports à partir de l'époque du diagnostic initial de sclérose en plaques, en août 1991, jusqu'à une lettre datée du 29 juillet 1994 de son médecin de famille, le D^r Giovanna Mallucci. Aucun renseignement nouveau n'était disponible à ce moment-là et le D^r Mallucci a terminé sa lettre en disant qu'il n'y avait [TRADUCTION] «rien qu'elle ne puisse apporter de plus».

[22] Les résultats de l'examen médical et des renseignements additionnels ont été présentés au bureau médical du Haut-commissariat. Les deux médecins agréés qui ont été impliqués dans l'évaluation du cas de la demanderesse étaient le D^r A. Williams et le D^r John Lazarus.

[23] Le D^r Williams, bien qu'étant un médecin formé au Canada, ne faisait pas partie du personnel permanent du Haut-commissariat du Canada. Il était engagé à contrat et son travail consistait à examiner les examens

examinations performed by DMPs, for the purpose of screening the reports prepared for applicants for permanent residence to Canada.

[24] According to Dr. Lazarus, the medical report from Dr. Roodyn and additional information provided in response to the letter of July 13, 1994, were first reviewed by Dr. Williams when this information was sent to the medical division of the High Commission. Dr. Williams prepared a worksheet with a preliminary medical profile, using the guidelines provided in the Medical Officer's Handbook. He assessed the plaintiff as "M1 D4 T4 S1 E4 M7". He sent the worksheet to Dr. Lazarus, seeking his opinion.

[25] Dr. Lazarus reviewed the information relating to the plaintiff. He paid particular attention to the discharge summary dated August 26, 1991 for the National Hospital for Nervous Diseases in London. This report provided the diagnosis of multiple sclerosis.

[26] He testified that he also consulted the Medical Officer's Handbook concerning the management and treatment of multiple sclerosis in the Canadian context. He also drew on his own experience of the condition, resulting from his years in practice in Canada as a general practitioner and certified specialist in the field of family medicine, together with his experience as a medical officer in the federal public service.

[27] Dr. Lazarus concluded that the plaintiff's condition of multiple sclerosis placed her in the medically inadmissible class, pursuant to subparagraph 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act* because she was reasonably likely to require future health and medical services in Canada that would fall in the category of excessive demands.

[28] However, Dr. Lazarus also held the opinion that with the use of certain drugs, for example, Interferon, it was possible that the plaintiff's condition in the future might be sufficiently ameliorated that she would no longer be medically inadmissible. Accordingly, he

médicaux effectués par les MD, dans le but de contrôler les rapports préparés pour les demandeurs de résidence permanente au Canada.

[24] Selon le D^r Lazarus, le rapport médical du D^r Roodyn ainsi que les renseignements additionnels fournis en réponse à la lettre du 13 juillet 1994 ont été d'abord examinés par le D^r Williams lorsque ces renseignements ont été expédiés à la section médicale du Haut-commissariat. Le D^r Williams a préparé une feuille de travail avec un profil médical préliminaire, en utilisant les lignes directrices fournies dans le Guide du médecin. Il a évalué la demanderesse comme «M1 D4 T4 S1 E4 M7». Il a expédié la feuille de travail au D^r Lazarus, lui demandant son opinion.

[25] Le D^r Lazarus a examiné les renseignements concernant la demanderesse. Il a porté une attention particulière au résumé à la sortie daté du 26 août 1991 pour le National Hospital for Nervous Diseases à Londres. Ce rapport indiquait le diagnostic de sclérose en plaques.

[26] Il a affirmé, dans son témoignage, qu'il avait également consulté le Guide du médecin concernant la gestion et le traitement de la sclérose en plaques dans le contexte canadien. Il a également fait appel à son expérience de la maladie, résultant de ses années de pratique au Canada comme omnipraticien et spécialiste agréé dans le domaine de la médecine familiale, en plus de son expérience de médecin agréé dans la fonction publique fédérale.

[27] Le D^r Lazarus a conclu que l'état de sclérose en plaques de la demanderesse la plaçait dans la catégorie des personnes non admissibles pour des raisons médicales, conformément au sous-alinéa 19(1)(a)(ii) de la *Loi sur l'immigration*, parce qu'elle était vraisemblablement susceptible de nécessiter de futurs services de santé et services médicaux au Canada qui tomberaient dans la catégorie des fardeaux excessifs.

[28] Cependant, le D^r Lazarus a également émis l'opinion qu'avec l'utilisation de certains médicaments, par exemple, l'interféron, il était possible que l'état de la demanderesse dans le futur s'améliore suffisamment pour qu'elle ne soit plus non admissible pour des raisons

changed the medical admissibility factor, or her profile, from “M7” to “M5”. This reclassification recognized the possibility that the plaintiff’s medical status could change.

[29] Dr. Lazarus completed the narrative portion of the Medical Notification Form and signed it, as the first signatory. Dr. Williams reviewed it and concurred, and provided the second signature. The narrative says, in part, as follows:

This applicant has multiple sclerosis and . . . is wheelchair bound. Her condition is expected to progress resulting in repeated hospitalization and specialist care, placing an excessive demand on health and social services. Inadmissible as section 19(1)(a)(ii) of the Act.

[30] Dr. Lazarus testified that the medical opinion is reached on the basis of medical factors. It is a discretionary decision calling upon the experience of the medical officer. The issue of “excessive demands” is not defined but guidance is provided by the jurisprudence of the Federal Court, the *Immigration Regulations, 1978* [SOR/78-172] [the Regulations] and the Medical Officer’s Handbook. “Excessive demands” is considered to be higher than average when assessed against the average per capita cost of providing medical care in Canada.

[31] This understanding of excessive demands and how it is applied to persons seeking landing was also expressed by Dr. Axler, a former medical officer who testified on behalf of the plaintiff, and Dr. Giovannazo, a senior medical officer, who testified on behalf of the defendant.

[32] These three doctors also testified that the medical assessment was conducted on an individual basis, having regard to the individual applicant. The medical officer makes no decision on the issuance of a visa but provides a medical assessment only.

[33] The medical officers reached their conclusion on September 24, 1994, that the plaintiff was medically

médicales. Par conséquent, il a changé le facteur d’admissibilité pour des raisons médicales, ou son profil, de «M7» à «M5». Cette reclassification reconnaît la possibilité que le statut médical de la demanderesse puisse changer.

[29] Le D^r Lazarus a rempli la partie narrative du formulaire d’avis médical et il l’a signée, en tant que premier signataire. Le D^r Williams l’a examinée et y a souscrit en fournissant la deuxième signature. La narration dit, en partie, ce qui suit:

[TRADUCTION] Cette demanderesse a la sclérose en plaques et . . . se déplace à l’aide d’un fauteuil roulant. On s’attend à ce que son état évolue occasionnant des hospitalisations et des soins spécialisés répétés, plaçant un fardeau excessif sur les services de santé et les services sociaux. Non admissible en vertu du sous-alinéa 19(1)a)(ii) de la Loi.

[30] Le D^r Lazarus a affirmé, dans son témoignage, que l’avis médical était basé sur des facteurs médicaux. Il s’agit d’une décision discrétionnaire faisant appel à l’expérience du médecin agréé. La question du «fardeau excessif» n’est pas définie, mais la jurisprudence de la Cour fédérale, le *Règlement sur l’immigration de 1978* [DORS/78-172] [le Règlement] et le Guide du médecin donnent des indications. Le «fardeau excessif» est considéré comme plus élevé que la moyenne lorsqu’il est évalué par rapport à la moyenne du coût par habitant de la fourniture des soins médicaux au Canada.

[31] Cette interprétation du fardeau excessif et de la façon dont elle est appliquée aux personnes demandant le droit d’établissement a également été exprimée par le D^r Axler, un ancien médecin agréé qui a témoigné en faveur de la demanderesse, et par le D^r Giovannazo, un médecin principal, qui a témoigné en faveur de la défenderesse.

[32] Ces trois médecins ont également témoigné que l’évaluation médicale avait été effectuée sur une base individuelle, en tenant compte de la demanderesse individuelle. Le médecin agréé ne prend aucune décision concernant la délivrance d’un visa, mais il ne fournit qu’une évaluation médicale.

[33] Les médecins agréés en sont venus à la conclusion, le 24 septembre 1994, que la demanderesse

inadmissible to Canada. That decision was communicated to the visa officer on October 6, 1994. No formal written notification of this decision was ever sent to the plaintiff but on November 14, 1994, the plaintiff's husband received a telephone call from Mr. Alston in London. Mr. Alston told Mr. Chesters that the plaintiff had been determined to be medically inadmissible to Canada pursuant to subparagraph 19(1)(a)(ii) of the Act.

[34] In the same conversation on November 14, 1994, Mr. Alston had advised Mr. Chesters that he would investigate the possibility of obtaining a Minister's permit that would allow the plaintiff to enter Canada with her husband. A Minister's permit is a discretionary measure which is available to allow a person who is otherwise inadmissible to enter Canada.

[35] The plaintiff learned about the determination of her medical inadmissibility from her husband who told her about the conversation he had had with Mr. Alston. She was upset and could not believe that she, as the wife of a Canadian citizen, would be denied admission into Canada as the result of a medical condition. She viewed the decision as one of discrimination. She immediately set out to remedy that situation.

[36] Upon arrival in Canada, the plaintiff and her husband established themselves in Mississauga. They rented an apartment. Mr. Chesters was working with General Electric. The plaintiff accessed public libraries to research the workings of the Canadian immigration system. She contacted the Multiple Sclerosis Society. She worked on a volunteer basis at Erindale College.

[37] When she learned of the determination of her medical assessment in November 1994, she commenced writing a series of letters to Mr. Alston at the Canadian High Commission in London and at least one letter to Mr. Sergio Marchi, then Minister of Citizenship and Immigration. She sought information about the availability of an employment authorization and the

était non admissible au Canada pour des raisons médicales. Cette décision a été communiquée à l'agent des visas le 6 octobre 1994. Aucun avis officiel écrit de cette décision n'a jamais été envoyé à la demanderesse, mais le 14 novembre 1994, le mari de la demanderesse a reçu un appel téléphonique de M. Alston à Londres. M. Alston a dit à M. Chesters qu'il avait été décidé que la demanderesse était non admissible au Canada pour des raisons médicales en vertu du sous-alinéa 19(1)(a)(ii) de la Loi.

[34] Au cours de la même conversation du 14 novembre 1994, M. Alston avait avisé M. Chesters qu'il se renseignerait sur la possibilité d'obtenir un permis ministériel qui permettrait à la demanderesse d'entrer au Canada avec son mari. Un permis ministériel constitue une mesure discrétionnaire qui est disponible afin de permettre à une personne, qui n'est pas autrement admissible, d'entrer au Canada.

[35] La demanderesse a appris la décision de sa non-admissibilité pour des raisons médicales par l'intermédiaire de son mari qui lui a fait part de la conversation qu'il avait eue avec M. Alston. Elle a été très affectée et elle ne pouvait pas croire qu'elle, en tant qu'épouse d'un citoyen canadien, se voyait refuser l'admission au Canada en raison de son état de santé. Elle voyait la décision comme étant discriminatoire. Elle a immédiatement cherché à remédier à cette situation.

[36] Dès leur arrivée au Canada, la demanderesse et son mari se sont établis à Mississauga. Ils ont loué un appartement. M. Chesters travaillait à la General Electric. La demanderesse s'est rendue dans les bibliothèques publiques afin de faire de la recherche sur les rouages du système d'immigration canadien. Elle a communiqué avec la Société canadienne de la sclérose en plaques. Elle a travaillé comme bénévole au Erindale College.

[37] Lorsqu'elle a appris, en novembre 1994, la décision relativement à son évaluation médicale, elle a commencé à écrire une série de lettres à M. Alston au Haut-commissariat à Londres et au moins une lettre à M. Sergio Marchi, alors ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration. Elle a demandé des renseignements au sujet de la disponibilité d'un permis de travail et de la

meaning of the Minister's permit. She did not reject the idea of being admitted to Canada under a Minister's permit and as part of that process, attended with her husband for an interview on January 24, 1995, at the offices of Canada Immigration in Mississauga.

[38] That interview was conducted by Ms. Donna Reid-Moncricieffe, a visa officer. The personal circumstances of the plaintiff, including her education and previous work experience, were reviewed and Ms. Reid-Moncricieffe made a positive recommendation concerning the issuance of a Minister's permit.

[39] That recommendation was forwarded to the regional office in Ontario. The file was reviewed and the recommendation was confirmed. The approval was forwarded to Mr. Alston in London. By letter dated April 12, 1995 Mr. Alston informed the plaintiff and her husband that a Minister's permit would be issued. He also instructed her about the procedure to be followed, that is attendance at a location outside Canada for validation of the permit after payment of the requisite fee. He also advised the plaintiff that she was eligible for an employment authorization, again upon payment of the required fee.

[40] The plaintiff obtained a Minister's permit in April 1995, together with an employment authorization for one year. The Minister's permit was valid for three years and was renewed once. The plaintiff also renewed her employment authorization for one year, although she did not stay in Canada.

[41] On March 19, 1995, the plaintiff wrote a letter specifically inquiring about the meaning and significance of both the Minister's permit and her employment authorization. She posed the following questions:

1. Employment:

- a. Why will my employment authorisation only be valid for one year?
- b. What happens after that year? Is it possible that the authorisation will be withheld? If so, for how long? Repeatedly?

signification du permis ministériel. Elle n'a pas rejeté l'idée d'être admise au Canada en vertu d'un permis ministériel et, le 24 janvier 1995, dans le cadre de ce processus, elle s'est rendue avec son mari à une entrevue aux bureaux d'Immigration Canada à Mississauga.

[38] Cette entrevue a été conduite par M^{me} Donna Reid-Moncricieffe, une agente des visas. La situation personnelle de la demanderesse, y compris sa formation et son expérience de travail antérieure, ont été examinées par M^{me} Reid-Moncricieffe qui a émis une recommandation positive concernant la délivrance d'un permis ministériel.

[39] Cette recommandation a été acheminée au bureau régional en Ontario. Le dossier a été examiné et la recommandation a été confirmée. L'approbation a été acheminée à M. Alston à Londres. Dans une lettre datée du 12 avril 1995, M. Alston a informé la demanderesse et son mari qu'un permis ministériel serait délivré. Il leur a également indiqué la procédure à suivre, c'est-à-dire de se rendre à un endroit situé à l'extérieur du Canada pour la validation du permis après le paiement des droits nécessaires. Il a également avisé la demanderesse qu'elle aurait droit à un permis de travail, encore une fois après paiement des droits requis.

[40] La demanderesse a obtenu un permis ministériel en avril 1995, accompagné d'un permis de travail pour une année. Le permis ministériel était valide pour trois années et il a été renouvelé une fois. La demanderesse a également renouvelé son permis de travail pour une année, bien qu'elle ne soit pas demeurée au Canada.

[41] Le 19 mars 1995, la demanderesse a écrit une lettre demandant explicitement des renseignements au sujet de la signification et de l'importance tant du permis ministériel que de son permis de travail. Elle a posé les questions suivantes:

[TRADUCTION]

1. Emploi:

- a. pour quelle raison mon permis de travail ne sera-t-il valide que pour une année?
- b. qu'arrivera-t-il après ladite année? Est-il possible que le permis soit refusé? Si oui, pendant combien de temps? À plusieurs reprises?

c. Will, in the future, the authorisation only be renewed for one year at a time?

d. Will we have to pay \$125.00 for the renewal each time?

2. On what conditions **exactly** will the granting of landed status in x number of years depend? Where can I get this *in writing*? [Emphasis in original.]

[42] In due course, the plaintiff received a response from the desk officer with Immigration Canada, legal affairs and litigation. In part, that response provided as follows:

As already explained to you by Mr. Alston, under s. 38(1), the Governor in Council may authorize the landing of any person who has resided continuously in Canada for at least five years under the authority of a written permit issued by the Minister. I am sure that you will understand that I cannot make any commitment on actions to be taken by others five years from now. I wish to assure you, however, that unless something very significant and unexpected happens, your situation will be resolved favourably in due course. You are correct that the Charter of Rights and Freedoms, as part of the Constitution of Canada, forms part of the supreme law of Canada. Section 1 of the Charter states that "The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society." Section 19(1)(a)(ii) of the Immigration Act deems inadmissible to Canada persons who are suffering from health impairments as a result of the nature of which, in the opinion of a medical officer, their admission would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services. This Department is satisfied that s. 19(1)(a)(ii) is not in contravention of the Charter of Rights and Freedoms.

[43] In the meantime, the plaintiff sought employment in Canada. She sent out at least four, and possibly five, applications for employment in the information technology field. She testified that having regard to the nature of computer technology, every day she was unemployed represented a loss in the value of her education in that area. She was unsuccessful in obtaining work.

[44] In December 1995, the plaintiff travelled to Germany for a job interview. The proposed area of

c. est-ce qu'à l'avenir, le permis ne sera renouvelé que pour une année à la fois?

d. devons-nous payer 125 \$ chaque fois pour le renouvellement?

2. De quelles conditions dépendra **exactement** l'attribution du statut de résident permanent dans un nombre x d'années? Où puis-je obtenir cela *par écrit*? [Souligné dans l'original.]

[42] La demanderesse a reçu, en temps opportun, une réponse de l'agent d'un bureau de zone d'Immigration Canada, affaires juridiques et contentieux. Cette réponse indiquait en partie ce qui suit:

[TRADUCTION] Comme M. Alston vous l'a déjà expliqué, en vertu du para. 38(1), le gouverneur en conseil peut autoriser l'établissement de toute personne qui a résidé continuellement au Canada pendant au moins cinq années, en vertu d'un permis écrit délivré par le ministre. Je suis certain que vous comprendrez que je ne peux prendre aucun engagement concernant les mesures à être prises dans cinq ans. Je désire vous assurer, cependant, qu'à moins que quelque chose de très important et d'imprévu ne survienne, votre situation se réglera favorablement en temps opportun. Vous avez raison d'affirmer que la Charte canadienne des droits et libertés, faisant partie de la Constitution du Canada, est partie intégrante de la loi suprême du Canada. L'article 1 de la Charte précise que «La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». Le sous-alinéa 19(1)a)(ii) de la Loi sur l'immigration considère non admissible au Canada les personnes souffrant de détériorations de la santé qui sont telles que, de l'avis d'un médecin agréé, leur admission entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services de santé ou les services sociaux. Ce ministère est convaincu que le sous-alinéa 19(1)a)(ii) ne contrevient pas à la Charte canadienne des droits et libertés.

[43] Pendant ce temps, la demanderesse a cherché un emploi au Canada. Elle a envoyé au moins quatre, et possiblement cinq demandes d'emploi dans le domaine de la technologie de l'information. Elle a témoigné que, compte tenu de la nature de la technologie informatique, chaque jour qu'elle était sans emploi représentait une perte au niveau de la valeur de sa formation dans ce domaine. Elle n'a pas réussi à dénicher du travail.

[44] En décembre 1995, la demanderesse s'est rendue en Allemagne pour une entrevue d'emploi. Le secteur

employment was as a teacher of foreign languages to students who planned to study abroad. She spent approximately five days in Germany, two days of which were spent in the airport at Dusseldorf because she was unable to obtain accommodation at a hostel in that city.

[45] She returned to Canada to spend Christmas with her husband and having obtained the employment in Germany, returned to that country in January 1996. She taught in Hagen for one year and then resumed studies necessary to obtain her full teaching certificate in Germany. She completed that program of studies in 1998. She then obtained a position in a community college situated approximately 80 kilometres north of Cologne, in North-Rhine-Westphalia.

[46] The plaintiff remained in Germany without her husband from January 1996 until February 1999 when Mr. Chesters obtained employment in Cologne. In the preceding period that is between January 1996 and February 1999, the plaintiff spent approximately 12 weeks of each year with her husband. She travelled to Canada at Christmas and Easter for approximately three weeks at a time and her husband spent some time with her in Germany in the fall.

[47] Although the plaintiff and her husband initially resided together, due to the lengthy commute required for Mr. Chesters to reach his place of work in Cologne, the plaintiff and her husband agreed that he would stay in Cologne during the work week living in a rented apartment and spend the weekends with her in North-Rhine-Westphalia. That is the manner in which the plaintiff and her husband work and live today.

[48] The plaintiff was rejected as an applicant for permanent residence to Canada in November 1994 but she was never formally advised of that rejection. Her notification of that decision was made in a telephone conversation from Mr. Alston to her husband. Concurrently, the subject of applying for a Minister's permit was raised and steps were put in motion to achieve that end. Although the plaintiff sent a letter to

d'emploi proposé était en tant qu'enseignante de langues étrangères à des étudiants qui projetaient d'étudier à l'étranger. Elle a passé environ cinq jours en Allemagne, dont deux jours passés à l'aéroport de Dusseldorf, parce qu'elle n'a pas été en mesure d'obtenir de logement dans une auberge de cette ville.

[45] Elle est revenue au Canada afin de passer Noël avec son mari et, ayant obtenu l'emploi en Allemagne, elle est retournée dans ce pays en janvier 1996. Elle a enseigné à Hagen pendant une année et elle est ensuite retournée faire les études nécessaires afin de compléter son certificat d'enseignement en Allemagne. Elle a achevé ce programme d'études en 1998. Elle a ensuite obtenu un poste dans un collège communautaire situé à environ 80 kilomètres au nord de Cologne, dans le Rhin-Nord-Westphalie.

[46] La demanderesse est demeurée en Allemagne, sans son mari, de janvier 1996 jusqu'à février 1999, lorsque M. Chesters a obtenu un emploi à Cologne. Dans la période précédente, c'est-à-dire entre janvier 1996 et février 1999, la demanderesse a passé environ 12 semaines de chaque année avec son mari. Elle s'est rendue au Canada à Noël et à Pâques, pendant environ trois semaines à la fois, et son mari a passé quelques temps avec elle en Allemagne à l'automne.

[47] Bien que la demanderesse et son mari soient demeurés initialement ensemble, en raison du long trajet que devait faire M. Chesters pour se rendre à son travail à Cologne, la demanderesse et son mari ont convenu qu'il demeurerait à Cologne pendant la semaine de travail, vivant dans un appartement loué, et qu'il passerait les fins de semaine avec elle dans le Rhin-Nord-Westphalie. C'est de cette façon que la demanderesse et son mari travaillent et vivent aujourd'hui.

[48] La demanderesse a été refusée comme demanderesse de résidence permanente au Canada en novembre 1994, mais elle n'a jamais été officiellement avisée de ce refus. L'avis qu'elle a reçu de cette décision a été donné lors d'une conversation téléphonique de M. Alston avec son mari. Simultanément, le sujet de la demande pour un permis ministériel a été soulevé et des mesures ont été

Immigration Canada on November 16, 1994, requesting an appeal form relative to the negative decision, there is no evidence that her letter was received. However, there is evidence that she did not receive any appeal form and that she did not take any steps to appeal the decision.

[49] There is little evidence that she sought legal advice concerning her rights or remedies in relation to the negative medical inadmissibility determination. She did not pursue an application for judicial review. Rather, the plaintiff chose to challenge the constitutionality of the medical inadmissibility provision by way of action. She commenced this action upon the issuance of a statement of claim on April 2, 1997. An amended statement of claim was filed on July 29, 1997.

PLAINTIFF'S SUBMISSIONS

[50] The plaintiff claims that she was discriminated against because she is the disabled wife of a Canadian citizen. She argues that she was treated differently than able-bodied spouses of Canadian citizens would be, in applying for permanent residence in Canada. She argues that as the spouse of a Canadian citizen, she had the right to enter Canada without regard to her medical condition which was improperly categorized by Canadian immigration officials as a disability.

[51] She alleges that as the result of this discriminatory behaviour, she was injured, that she suffered mental and psychological stress, that her rejection on medical grounds made her feel like a second-class citizen and unworthy to participate in Canadian society, that her education and ability to contribute to Canadian society were ignored, that her feelings of exclusion and stigmatization negatively affected her relationship with her spouse and negatively impacted upon their desires to establish a family, and that the ultimate grant of the Minister's permit was an act of charity which was misplaced. The issuance of a Minister's permit does not relieve these injurious

entreprises afin d'en arriver à cette fin. Bien que la demanderesse ait envoyé une lettre à Immigration Canada le 16 novembre 1994, demandant un formulaire d'appel relatif à la décision négative, il n'y a pas de preuve que sa lettre ait été reçue. Cependant, il y a une preuve qu'elle n'a pas reçu de formulaire d'appel et qu'elle n'a pris aucune mesure pour en appeler de la décision.

[49] Il y a peu d'éléments de preuve qu'elle ait demandé un avis juridique concernant ses droits ou recours en rapport avec la décision négative de non-admissibilité pour des raisons médicales. Elle n'a pas déposé de demande de contrôle judiciaire. Au lieu de cela, la demanderesse a choisi de contester la constitutionnalité de la disposition relative à la non-admissibilité pour des raisons médicales par voie d'action. Elle a intenté cette action par la délivrance d'une déclaration le 2 avril 1997. Une déclaration amendée a été déposée le 29 juillet 1997.

OBSERVATIONS DE LA DEMANDERESSE

[50] La demanderesse prétend qu'elle a été l'objet de discrimination, parce qu'elle était la femme handicapée d'un citoyen canadien. Elle soutient avoir été traitée différemment de ce que le seraient les conjoints physiquement aptes de citoyens canadiens en demandant la résidence permanente au Canada. Elle soutient que, comme épouse d'un citoyen canadien, elle avait le droit d'entrer au Canada sans égard à son état de santé qui a été incorrectement catégorisé par les représentants d'Immigration Canada comme une déficience.

[51] Elle prétend que, en raison de ce comportement discriminatoire, elle a été blessée, qu'elle a souffert d'une tension mentale et psychologique, que son rejet pour des motifs médicaux l'a amenée à se sentir comme une citoyenne de deuxième classe et indigne de faire partie de la société canadienne, que sa formation et sa capacité à contribuer à la société canadienne ont été ignorées, que ses sentiments d'exclusion et de stigmatisation ont eu un effet négatif sur sa relation avec son mari et qu'ils ont eu un impact négatif sur leur désir d'établir une famille et que l'ultime octroi du permis ministériel constituait un acte de charité mal placée. La délivrance d'un permis ministériel ne remédie pas à ces

factors because the Minister's permit is a discretionary action which will not lead inevitably to her admission into Canada.

[52] Substantively, the plaintiff challenges the constitutionality of subparagraph 19(1)(a)(ii) on the grounds that it contravenes both section 7 and section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It offends section 7, that is the guarantee of life, liberty and security of the person, by placing her in a situation of uncertainty as to her civil status in Canada and dependent upon the charity of the Governor in Council in granting her status to be in Canada, either on a temporary basis or on a more permanent basis upon an application being made for a grant of citizenship pursuant to section 38 [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 27] of the Act. The plaintiff argues that this breach of her Charter rights cannot be justified by section 1.

[53] The plaintiff argues that the mental and psychological stress endured by her following the rejection of her application for permanent residence in 1994 and the continued uncertainty associated with her status as the holder of a Minister's permit following the issuance of that permit in 1995, constitute the type of psychological distress described by the Supreme Court of Canada in *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46.

[54] Section 7 of the Charter guarantees security of the person. The application of section 7 raises two questions: is life, liberty and security engaged and secondly, does the challenged legislation offend the principles of fundamental justice?

[55] When the Minister's permit was originally granted, the health insurance system operating in Ontario, that is the Ontario Health Insurance Plan, provided that medical coverage would be available to holders of Minister's permits. That was changed subsequent to the issuance of her Minister's permit in 1995 and as a holder of a Minister's permit, she is no longer eligible to be covered by the provincial health insurance plan. She relies on the decision of the Ontario

facteurs préjudiciables, parce que le permis ministériel constitue une mesure discrétionnaire qui ne conduira pas nécessairement à son admission au Canada.

[52] Essentiellement, la demanderesse conteste la constitutionnalité du sous-alinéa 19(1)a)(ii) au motif qu'il contrevient aux articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il enfreint l'article 7, c'est-à-dire le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, en la plaçant dans une situation d'incertitude quant à son état civil au Canada et de dépendance vis-à-vis la charité du gouverneur en conseil en lui octroyant le statut d'être au Canada, que ce soit sur une base temporaire ou sur une base plus permanente par le dépôt d'une demande pour l'octroi de la citoyenneté en vertu de l'article 38 [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 27] de la Loi. La demanderesse soutient que cette violation de ses droits conférés par la Charte ne peut être justifiée par l'article premier.

[53] La demanderesse soutient que la tension mentale et psychologique qu'elle a endurée à la suite du rejet de sa demande de résidence permanente en 1994, ainsi que l'incertitude continue liée à son statut de détentrice d'un permis ministériel à la suite de la délivrance dudit permis en 1995, représentent le type de détresse psychologique décrit par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46.

[54] L'article 7 de la Charte garantit la sécurité de la personne. L'application de l'article 7 soulève deux questions, à savoir, est-ce que la vie, la liberté et la sécurité sont engagés et, deuxièmement, est-ce que la législation contestée enfreint les principes de justice fondamentale?

[55] Lorsque le permis ministériel a été octroyé au départ, le système d'assurance-maladie fonctionnant en Ontario, c'est-à-dire le régime d'assurance-maladie de l'Ontario, prévoyait que la couverture médicale serait disponible aux détenteurs de permis ministériels. Cela a été modifié après la délivrance de son permis ministériel en 1995 et, en tant que détentrice d'un permis ministériel, elle n'a plus le droit d'être couverte par le régime d'assurance-maladie provincial. Elle invoque

Court of Appeal in *Irshad (Litigation guardian of) v. Ontario (Minister of Health)* (2001), 55 O.R. (3d) 43 to support the argument that lack of access to provincial health benefits constitutes an infringement of her rights under section 7 of the Charter.

[56] She also argues that the process by which her medical condition was assessed and was found to constitute an excessive demand on the health services in Canada, is the result of a constitutionally vague process. The law is vague; it does not prescribe a precise means of calculating “excessive demand”. The vagueness of the legislation gives rise to legitimate concern about its constitutionality. In this regard, the plaintiff relies on the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606.

[57] The plaintiff argues that the medical assessment is carried out without regard to particular circumstances of an individual, including an individual’s employment history, education, career plans and life status, including status as the spouse of a Canadian citizen. She also submits that the process by which her medical assessment was conducted was procedurally flawed because it was based on an arbitrary process which improperly relied on stereotyped reasoning concerning persons with disabilities.

[58] Furthermore, she argues that the medical assessment was procedurally flawed because Dr. Williams, who provided the second opinion, had no authority to provide the second signature for a medically inadmissible person. His signing authority was limited to the first signature in such cases. She invites the Court to draw a negative inference from the failure of the defendant to produce Dr. Williams as a witness at trial.

[59] She argues that section 3 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 2] of the Act set forth the purposes of the Act. Section 15 of the Charter applies to everyone, citizen or not. The Charter is the expression

l’arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario dans *Irshad (Litigation guardian of) v. Ontario (Minister of Health)* (2001), 55 O.R. (3d) 43, pour justifier l’argument que l’absence d’accès aux avantages provinciaux en matière de santé constitue une violation de ses droits en vertu de l’article 7 de la Charte.

[56] Elle prétend également que le processus par lequel son état de santé a été évalué et par lequel on a conclu qu’il représentait un fardeau excessif pour les services de santé au Canada, représente le résultat d’un processus constitutionnellement imprécis. Le droit est imprécis; il ne prescrit pas de moyen précis pour évaluer ce qui constitue un «fardeau excessif». L’imprécision de la législation donne lieu à une préoccupation légitime quant à sa constitutionnalité. À cet égard, la demanderesse invoque la décision de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606.

[57] La demanderesse soutient que l’évaluation médicale est effectuée sans égard à la situation particulière d’une personne, y compris les antécédents professionnels, la formation, les plans de carrière et les conditions de vie d’une personne en tant qu’épouse d’un citoyen canadien. Elle soumet également que le processus par lequel son évaluation médicale a été conduite était vicié au niveau de la procédure, parce qu’il était basé sur un processus arbitraire qui s’appuyait de manière irrégulière sur un raisonnement stéréotypé concernant les personnes handicapées.

[58] De plus, elle soutient que l’évaluation médicale a été viciée au niveau de la procédure, parce que le D^r Williams, qui a fourni le deuxième avis, n’avait pas le pouvoir de fournir la deuxième signature concernant une personne non admissible pour des raisons médicales. Son pouvoir de signer, dans de tels cas, était limité à la première signature. Elle a invité la Cour à tirer une inférence négative de l’omission de la défenderesse de faire témoigner le D^r Williams au procès.

[59] Elle soutient que l’article 3 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 2] de la Loi expose les buts de la Loi. L’article 15 de la Charte s’applique à tous, citoyen ou non. La Charte constitue l’expression

of the supreme law of Canada and must inform the interpretation and application of Canadian statutes.

[60] The *Immigration Act* purports to foster reunification of families. This is consistent with *Universal Declaration of Human Rights* [GA Res. 217 A (III), UN GAOR, December 10, 1948] which recognizes the value of reuniting families. An interpretation and application of the Act which conflicts with the Charter and the *Universal Declaration of Human Rights* is unconstitutional.

[61] Next, the plaintiff argues that the medical admissibility provision offends section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* because it identifies a class of people who are to be singled out and subjected to closer scrutiny on the basis of a disease, disorder or disability. She says that the language is discriminatory on its face and has the effect of identifying a particular class of people for special and exclusionary treatment.

[62] Alternatively, the plaintiff argues that if the provision is not discriminatory on its face, then it still breaches the guarantee of equality because it has an adverse discriminatory effect. It improperly impacts upon a distinct group of people who are already vulnerable to discrimination.

[63] She argues that reliance on personal characteristics, such as a disability, to determine suitability for admission into Canada, is discriminatory and constitutionally offensive. In this regard, the plaintiff relies on the decision of the Supreme Court of Canada in *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703 which identifies elements of discrimination. She argues that the Medical Officer's Handbook, which is intended to inform the manner in which medical admissibility is assessed, is flawed. It is designed to focus on degrees of disability and to perpetuate a stereotypical view of disability in assessing suitability for admission into Canada.

de la loi suprême du Canada et doit guider l'interprétation et l'application des lois canadiennes.

[60] La *Loi sur l'immigration* prétend encourager la réunification des familles. Cela est compatible avec la *Déclaration universelle des droits de l'homme* [Rés. AG 217 A (III), Doc. off. AG UN, 10 décembre 1948] qui reconnaît la valeur de la réunification des familles. Une interprétation et une application de la Loi qui sont en contradiction avec la Charte et la *Déclaration universelle des droits de l'homme* sont inconstitutionnelles.

[61] Ensuite, la demanderesse soutient que la disposition relative à l'admissibilité pour des raisons médicales enfreint l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, parce qu'elle identifie une catégorie de gens qui doivent être choisis et faire l'objet d'un examen plus approfondi sur la base d'une maladie ou d'une invalidité. Elle affirme que le langage est, comme tel, discriminatoire à sa face même et qu'il a comme effet d'identifier une catégorie particulière de gens en vue d'un traitement spécial d'exclusion.

[62] Subsidiairement, la demanderesse soutient que, si la disposition n'est pas discriminatoire comme telle, elle viole toujours la garantie d'égalité, parce qu'elle crée une discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Elle occasionne des conséquences, de manière irrégulière, sur un groupe distinct de gens qui sont déjà vulnérables face à la discrimination.

[63] Elle soutient que le fait de s'appuyer sur des caractéristiques personnelles, telles qu'une déficience, pour décider de l'aptitude pour l'admission au Canada, constitue une pratique discriminatoire et que cela enfreint la Constitution. À cet égard, la demanderesse invoque la décision de la Cour suprême du Canada dans *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703 qui identifie des éléments de discrimination. Elle soutient que le Guide du médecin, qui a pour but de guider la manière avec laquelle l'admissibilité pour des raisons médicales est évaluée, est vicié. Il est conçu pour mettre l'accent sur des degrés de déficience et pour perpétuer une vision stéréotypée de la déficience en évaluant l'aptitude pour l'admission au Canada.

[64] The plaintiff alleges that subparagraph 19(1)(a)(ii) is unconstitutional because it offends sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and cannot be justified pursuant to section 1.

INTERVENER'S SUBMISSIONS

[65] The Council of Canadians with Disabilities (the intervener) adopts the arguments advanced by the plaintiff. Additionally, it submits that subparagraph 19(1)(a)(ii) is further flawed by failing to address the potential contribution to be made to Canada by persons suffering from disabilities. Briefly, the intervener argues that the failure of Parliament to take this factor into account is contrary to the admission criteria of the *Immigration Act* as stated in section 3.

[66] The intervener argues that the medical inadmissibility provision fails to allow for the balancing of potential contribution as appears to be the case for persons who may be inadmissible under other provisions of section 19. As an example, the intervener argues that persons with criminal convictions are provided with the opportunity to demonstrate rehabilitation. That implies a balancing between the interests of the individual and those of the state, which opportunity is not afforded to persons excluded pursuant to subparagraph 19(1)(a)(ii).

DEFENDANT'S SUBMISSIONS

[67] The defendant argues that all Charter analyses must be conducted with a full appreciation of the context. Here, the legal context is immigration law. In this regard, the defendant relies on the decision in *Prata v. Minister of Manpower & Immigration*, [1976] 1 S.C.R. 376, where the Supreme Court of Canada stated that immigration is a privilege, not a right.

[68] The Charter challenge advanced here is based on sections 7 and 15, and the burden of proving a breach of these sections lies on the plaintiff. If the plaintiff succeeds in proving such breach, the burden moves to

[64] La demanderesse prétend que le sous-alinéa 19(1)a)(ii) est inconstitutionnel, parce qu'il enfreint les articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il ne peut être justifié en vertu de l'article premier.

OBSERVATIONS DE L'INTERVENANT

[65] Le Conseil des Canadiens avec déficiences (l'intervenant) adopte l'argumentation avancée par la demanderesse. Il soumet en outre que le sous-alinéa 19(1)a)(ii) est vicié en plus par l'omission d'aborder la contribution potentielle pouvant être faite pour le Canada par des personnes souffrant de déficiences. En bref, l'intervenant soutient que l'omission du Parlement de tenir compte de ce facteur est contraire aux critères d'admission de la *Loi sur l'immigration*, indiqués à l'article 3.

[66] L'intervenant soutient que la disposition relative à la non-admissibilité pour des raisons médicales fait défaut de tenir compte du fait de soupeser les intérêts en jeu relativement à la contribution potentielle, comme cela semble être le cas pour des personnes qui peuvent être non admissibles en vertu des autres dispositions de l'article 19. À titre d'exemple, l'intervenant soutient que les personnes ayant des condamnations criminelles ont l'occasion de démontrer qu'elles sont réhabilitées. Cela implique de soupeser les intérêts de la personne et ceux de l'État, cette occasion n'étant pas fournie aux personnes exclues en vertu du sous-alinéa 19(1)a)(ii).

OBSERVATIONS DE LA DÉFENDERESSE

[67] La défenderesse soutient que toutes les analyses relatives à la Charte doivent être faites en tenant compte du contexte global. En l'espèce, le contexte juridique est le droit de l'immigration. À cet égard, la défenderesse invoque la décision dans *Prata c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376, où la Cour suprême du Canada a statué que l'immigration constitue un privilège et non un droit.

[68] La contestation relative à la Charte dont il est question, en l'espèce, est basée sur les articles 7 et 15 et le fardeau de prouver une violation de ces articles repose sur la demanderesse. Si la demanderesse réussit

the defendant to show that the challenged legislation is justified pursuant to section 1 of the Charter.

[69] The defendant takes the position that the challenged provision of the *Immigration Act* offends neither section 7 nor section 15 but in any event, can be justified pursuant to section 1. In *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, the Supreme Court of Canada considered whether the deportation of a permanent resident who had been convicted of certain offences constituted a breach of section 7. Justice Sopinka, writing for the Court, concluded that there was no breach of section 7. The fundamental principle is that an alien does not have an unqualified right to remain in Canada.

[70] Canada has the right and obligation to establish standards for entry into the country, for the protection of its people. The defendant says that subparagraph 19(1)(a)(ii) is such a provision because it protects Canadian health and social services against excessive demands, consequently sustaining these services for the future.

[71] The defendant then addresses the particular circumstances of the plaintiff. She applied for permanent residence as the wife of a Canadian citizen and sought the issuance of an immigrant visa to allow her entry into Canada as a permanent resident. She was sponsored by her husband and applied as a member of the family class. As a member of the family class, her occupation or employment is irrelevant to the question whether an immigrant visa should be issued.

[72] A member applying in the family class must meet the admission requirements of subsection 11(1) of the Act and the *Immigration Regulations, 1978*.

[73] The defendant agrees that the Supreme Court of Canada has established a two-step analysis in respect of a breach of section 7. First, there must be deprivation of

à prouver une telle violation, le fardeau se déplace sur la défenderesse qui doit démontrer que la législation contestée est justifiée en vertu de l'article premier de la Charte.

[69] Selon la défenderesse, la disposition contestée de la *Loi sur l'immigration* n'enfreint ni l'article 7 ni l'article 15, mais, de toute façon, elle peut être justifiée en vertu de l'article premier. Dans l'arrêt *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, la Cour suprême du Canada a examiné la question de savoir si la déportation d'un résident permanent, qui avait été condamné relativement à certaines infractions, constituait une violation de l'article 7. Le juge Sopinka, au nom de la Cour, a conclu qu'il n'y avait aucune violation de l'article 7. Le principe fondamental veut qu'un étranger n'ait pas un droit absolu de demeurer au Canada.

[70] Le Canada a le droit et l'obligation d'établir des normes d'entrée au pays afin de protéger sa population. La défenderesse affirme que le sous-alinéa 19(1)a(ii) constitue une telle disposition parce qu'elle vise à protéger les services de santé et les services sociaux canadiens contre le fardeau excessif et, par conséquent, à maintenir ces services pour l'avenir.

[71] La défenderesse aborde ensuite la situation particulière de la demanderesse. Elle a formulé une demande de résidence permanente en tant qu'épouse d'un citoyen canadien et visait à obtenir la délivrance d'un visa d'immigrant afin de lui permettre d'entrer au Canada en tant que résidente permanente. Elle était parrainée par son mari et a formulé sa demande en tant que membre de la catégorie des parents. En tant que membre de la catégorie des parents, sa profession ou son emploi n'est pas pertinent quant à la question de savoir si un visa d'immigrant devait être délivré.

[72] Un demandeur formulant une demande comme membre de la catégorie des parents doit satisfaire les exigences d'admission du paragraphe 11(1) de la Loi et du *Règlement sur l'immigration de 1978*.

[73] La défenderesse convient que la Cour suprême du Canada a établi une analyse en deux étapes en rapport avec une violation de l'article 7. Premièrement,

life, liberty or security of the person and once this is established the question becomes whether that deprivation has occurred in accordance with principles of fundamental justice. The principles of fundamental justice fall into two categories, that is substantive principles and procedural principles.

[74] In so far as the plaintiff alleges that she suffered a loss of security of the person because she was denied access to health coverage in Ontario pursuant to OHIP, the defendant says that this issue is not properly before this Court in this action. There is no factual underpinning for such issue and in any event in *Irshad, supra*, the Ontario Court of Appeal held that the provincial scheme, which limited access to provincial health benefits, was valid and did not infringe section 15 of the Charter.

[75] The issue of security of the person, pursuant to section 7, was considered by the Supreme Court of Canada in *G. (J.), supra*. The defendant argues that this decision stands for the principle that security of the person, pursuant to section 7 of the Charter, extends to a situation of state-imposed psychological stress as the result of state conduct which deprives an individual of his or her own security. Second, section 7 does not protect an individual from the ordinary anxiety that would be felt by a person of reasonable sensibility, as the result of government action, and the levels of stress are to be assessed objectively.

[76] The defendant argues that in the present case, the state took no action *vis-à-vis* the plaintiff. The plaintiff applied for permanent residence and was found to be medically inadmissible. There is no question that the forces of the state were brought to bear upon the plaintiff, she alone set the apparatus in motion. Furthermore, the state facilitated her entry on a Minister's permit so that she could live with her husband in Canada and issued an employment authorization so that she could seek employment in this country.

[77] The defendant argues that whatever stress was suffered by the plaintiff following her application for

il doit y avoir privation de la vie, de la liberté ou de la sécurité de la personne et, une fois que cela est établi, la question consiste ensuite à savoir si cette privation s'est produite en conformité avec les principes de la justice fondamentale. Les principes de la justice fondamentale tombent dans deux catégories, c'est-à-dire les principes de fond et les principes de procédure.

[74] Dans la mesure où la demanderesse prétend qu'elle a subi une perte de sécurité de sa personne, parce qu'on lui a refusé l'accès à la couverture en matière de santé en Ontario en vertu du RAMO, la défenderesse affirme que cette question n'est pas du ressort de ce tribunal dans la présente action. Il n'existe aucun fondement factuel à cette question et, de toute façon, dans l'arrêt *Irshad*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a statué que le système provincial, qui limitait l'accès aux avantages provinciaux en matière de santé, était valide et qu'il ne violait pas l'article 15 de la Charte.

[75] La question de sécurité de la personne, en vertu de l'article 7, a été examinée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *G. (J.)*, précité. La défenderesse soutient que cette décision signifie que le principe de la sécurité de la personne, en vertu de l'article 7 de la Charte, s'étend à une situation de tension psychologique imposé par l'État suite à la conduite de l'État qui prive une personne de sa propre sécurité. Deuxièmement, l'article 7 ne protège pas une personne contre l'angoisse ordinaire qui serait ressentie par une personne ayant une sensibilité raisonnable, suite à un acte gouvernemental, et les degrés de tension doivent être évalués objectivement.

[76] La défenderesse soutient qu'en l'espèce, l'État n'a pris aucune mesure à l'égard de la demanderesse. La demanderesse a formulé une demande de résidence permanente et on a conclu qu'elle était non admissible pour des raisons médicales. Il n'est pas question du fait que les forces de l'État avaient été amenées à faire face à la demanderesse, elle seule a mis l'appareil en marche. De plus, l'État a facilité son entrée avec un permis ministériel afin qu'elle puisse vivre avec son mari au Canada et il a délivré un permis de travail afin qu'elle puisse se chercher un emploi dans ce pays.

[77] La défenderesse soutient que quelle que soit la tension subie par la demanderesse suivant sa demande

permanent residence and in the time frame which is covered by this action, it was not of such a high degree as to constitute psychological harm.

[78] The defendant also addresses the decision of the Supreme Court of Canada in *Nova Scotia Pharmaceutical, supra*, and submits that an allegation of constitutional invalidity on the basis of vagueness must be assessed against three criteria, as follows:

(1) the provisions in question must provide fair notice to the citizen;

(2) the essence of the vagueness standard is whether there are tools for legal debate;

(3) the availability of a broad discretion is not problematic as long as there are tools for the court to engage in that legal debate.

[79] Applying these principles to the present case, the defendant argues that there was fair notice in relation to the question of medical inadmissibility, since the statute provides that. The evidence provided by three doctors who had worked with the medical inadmissibility provision was that there are sufficient tools to interpret the excessive demands provision. It was the evidence of three doctors who had worked with the medical assessment process and the criteria of excessive demands that the case law had indicated that excessive demands meant more than normal. As well, the medical officers were guided by section 22 [as am. by SOR/78-316, s. 2] of the Regulations, as interpreted by the Court in *Ismaili v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 100 F.T.R. 139 (F.C.T.D.) and *Poon v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 198 F.T.R. 56 (F.C.T.D.).

[80] The defendant argues that in the present case, which is a trial and not an application for judicial

de résidence permanente et dans la période couverte par la présente action, il n'était pas à un degré si élevé pour représenter un préjudice psychologique.

[78] La défenderesse aborde également la décision de la Cour suprême du Canada dans *Nova Scotia Pharmaceutical*, précitée, et elle soumet qu'une allégation relativement à l'invalidité constitutionnelle en raison de l'imprécision doit être évaluée par rapport à trois critères, qui sont les suivants:

1) les dispositions en question doivent offrir un avertissement raisonnable au citoyen;

2) l'essentiel de la norme relative à l'imprécision, consiste à savoir s'il y a des outils pour un débat judiciaire;

3) la disponibilité d'un large pouvoir discrétionnaire n'est pas problématique en autant qu'il y a des outils pour que le tribunal puisse s'engager dans ce débat judiciaire.

[79] Appliquant ces principes à la présente affaire, la défenderesse soutient qu'il y avait un avertissement raisonnable relativement à la question de non-admissibilité pour des raisons médicales, puisque la loi le prévoit. Selon le témoignage fourni par trois médecins qui avaient travaillé avec la disposition de non-admissibilité pour des raisons médicales, il y avait suffisamment d'outils pour interpréter la disposition relative au fardeau excessif. Selon le témoignage de trois médecins qui avaient travaillé avec le processus d'évaluation médicale et les critères relativement au fardeau excessif, la jurisprudence avait indiqué que le fardeau excessif signifiait plus qu'un fardeau normal. De plus, les médecins agréés étaient guidés par l'article 22 [mod. par DORS/78-316, art. 2] du Règlement, tel que le tribunal l'avait interprété dans les décisions *Ismaili c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 100 F.T.R. 139 (C.F. 1^{re} inst.) et *Poon c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 198 F.T.R. 56 (C.F. 1^{re} inst.).

[80] La défenderesse soutient que, dans la présente affaire, qui constitue un procès et non une demande de

review, it is clear that there are tools available to govern the exercise of discretion in the conduct of a medical assessment. Consequently, the provision is not constitutionally vague.

[81] As for the issue of procedural fairness, the defendant rejects the plaintiff's arguments that the law was arbitrary because employability was considered in relation to her medical condition but without regard to her real employability, given her background and training. The second aspect of the plaintiff's argument about breach of procedural fairness in the conduct of her medical assessment, is based on the fact that the second and concurring signature on the medical notification form was signed by Dr. Williams, who lacked the authority to sign the second signature.

[82] The defendant acknowledges that the principles of fundamental justice are found in the basic tenets of the Canadian legal system, as discussed in *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868. The content of procedural fairness may require different things in different contexts.

[83] Again, this issue is to be explored in the context of the immigration law and that was the situation in *Chiarelli, supra*, in which the Supreme Court of Canada concluded that immigration is a privilege, not a right.

[84] The defendant says that the plaintiff's employability was considered in a positive light by the medical officers but this was not the most important factor in their assessment. In the legal context, employability is not relevant to persons applying as members of the family class. Again, the defendant relies on section 8 of the Act and argues that the plaintiff, as a prospective immigrant, bore the burden of establishing that she met the admission requirements of the Act.

contrôle judiciaire, il est clair qu'il y a des outils disponibles pour régir l'exercice du pouvoir discrétionnaire en effectuant une évaluation médicale. Par conséquent, la disposition n'est pas constitutionnellement imprécise.

[81] Quant à la question de l'équité procédurale, la défenderesse rejette l'argumentation de la demanderesse selon laquelle le droit était arbitraire, parce que l'employabilité était considérée en rapport avec son état de santé, mais sans égard à son employabilité réelle, étant donné ses antécédents et sa formation. Le deuxième aspect de l'argumentation de la demanderesse, au sujet de la violation de l'équité procédurale dans la conduite de son évaluation médicale, est basé sur le fait que la deuxième co-signature sur le formulaire d'avis médical était celle du D^r Williams, qui n'avait pas le pouvoir de signer la deuxième signature.

[82] La défenderesse reconnaît que les principes de justice fondamentale se retrouvent dans les éléments de base du système judiciaire canadien, tel que cela a été discuté dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868. Le contenu de l'équité procédurale peut exiger différentes choses dans différents contextes.

[83] Encore une fois, cette question doit être étudiée dans le contexte du droit de l'immigration et c'était la situation dans l'arrêt *Chiarelli*, précité, dans lequel la Cour suprême du Canada a conclu que l'immigration constituait un privilège et non un droit.

[84] La défenderesse affirme que l'employabilité de la demanderesse a été examinée d'une manière positive par les médecins agréés, mais que cela n'était pas le facteur le plus important dans leur évaluation. Dans le contexte juridique, l'employabilité n'est pas pertinente pour les personnes formulant une demande en tant que membre de la catégorie des parents. Encore une fois, la défenderesse invoque l'article 8 de la Loi et soutient que la demanderesse, en tant qu'immigrante éventuelle, avait le fardeau d'établir qu'elle satisfaisait aux exigences d'admission de la Loi.

[85] As for the plaintiff's argument that Dr. Williams signed the medical notification form as the second signature, without authority, the defendant argues that the evidence shows that Dr. Williams had received a dispensation to sign M4 and M5 reports. He was a Canadian-trained physician with experience in the Canadian medical environment. He brought the plaintiff's situation to the attention of Dr. Lazarus because of the serious implications for the plaintiff resulting from the initial assessment as M7. The order of events determined the order of the signatures from the medical officers and there is nothing sinister resulting from this.

[86] The *Immigration Act* requires a concurring opinion between two medical officers. There is no requirement in the Act that the opinions be given in a particular order. The defendant argues that there is no infringement of the principles of fundamental justice having regard to the law and its context.

[87] As for section 15, the defendant relies on the recent decision of the Supreme Court of Canada in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497 that identifies the steps to be followed in assessing whether a breach of section 15 has occurred.

[88] In brief, the defendant argues that the test in that case requires the court to first look at the distinction which is drawn between the plaintiff and other individuals, that is the comparator group. The plaintiff says that the distinction is between able-bodied persons who apply for permanent residence and those that are disabled. The defendant says that this identified comparator group is incorrect and that the distinction should properly be drawn between persons who are medically admissible and those who are not because they would create an excessive demand on Canadian health or social services.

[89] The next step, according to *Law, supra*, is to ask whether the distinction is based upon an enumerated or analogous ground. The plaintiff argues that the

[85] Quant à l'argument de la demanderesse selon lequel le D^r Williams avait signé le formulaire d'avis médical comme deuxième signature, sans en avoir le pouvoir, la défenderesse soutient que la preuve démontre que le D^r Williams avait reçu une dispense pour signer les rapports M4 et M5. C'était un médecin formé au Canada ayant de l'expérience dans l'environnement médical canadien. Il a porté la situation de la demanderesse à l'attention du D^r Lazarus en raison des graves implications pour la demanderesse résultant de l'évaluation initiale comme M7. L'ordre des événements a déterminé l'ordre des signatures des médecins agréés et il n'y a rien de sinistre dans cela.

[86] La *Loi sur l'immigration* exige une opinion concordante entre deux médecins agréés. Rien dans la Loi n'exige que les opinions soient données dans un ordre particulier. La défenderesse soutient qu'il n'y a aucune violation des principes de justice fondamentale, compte tenu du droit et de son contexte.

[87] Quant à l'article 15, la défenderesse invoque la récente décision de la Cour suprême du Canada dans *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497 qui identifie les étapes à suivre dans l'appréciation de la question de savoir s'il y a eu une violation de l'article 15.

[88] En résumé, la défenderesse soutient que le critère, dans cette affaire, exige que le tribunal regarde d'abord la distinction qui est faite entre la demanderesse et les autres personnes, c'est-à-dire le groupe de comparaison. La demanderesse affirme que la distinction se situe entre les personnes physiquement aptes qui forment une demande de résidence permanente et celles qui sont handicapées. La défenderesse affirme que ce groupe de comparaison identifié n'est pas approprié et que la distinction devrait se faire correctement entre les personnes qui sont admissibles pour des raisons médicales et celles qui ne le sont pas, parce qu'elles créeraient un fardeau excessif pour les services de santé ou les services sociaux canadiens.

[89] L'étape suivante, selon l'arrêt *Law*, précité, consiste à se demander si la distinction est basée sur un motif énuméré ou analogue. La demanderesse soutient

distinction is based upon the enumerated ground of disability, but the defendant submits that the distinction is based on whether a person might reasonably be expected to cause excessive demands upon health or social services. In these circumstances, the defendant argues that this is neither an enumerated nor analogous ground in relation to section 15.

[90] The third step arising from *Law, supra*, test is whether there is discrimination. In *Law*, the Court emphasized that the approach should be flexible but the key is the application of stereotypical reasoning.

[91] The defendant says there is no application of stereotypical reasoning here. The plaintiff was assessed on a personalized basis, having regard to her needs and abilities. According to the evidence, the medical officers looked at the factors identified in section 22 of the Regulations, considered the Handbook and the factors identified in that, including availability of medical service, cost, access and displacement of Canadians. Medical officers also considered medical texts and journals, together with their personalized knowledge and experience and reached a decision which was based on the medical evidence specific to the plaintiff.

[92] The defendant addressed the argument of the plaintiff that an adverse inference should be drawn from the failure of the defence to produce Dr. Williams as a witness at trial.

[93] The short answer made by the defendant to this argument is found in the agreed statement of facts which was filed by the parties. The defendant says that according to this agreed statement of facts, there was no need to call Dr. Williams. The plaintiff agreed to the statement of facts, which was amended in the course of the trial merely with reference to the availability of the drug Interferon in Canada, but that did not affect anything in relation to Dr. Williams. The defendant argues that this submission by the plaintiff is irrelevant.

que la distinction est basée sur le motif énuméré de la déficience, mais la défenderesse soumet que la distinction est basée sur la question qui consiste à savoir si une personne risquait d'entraîner un fardeau excessif pour les services de santé ou les services sociaux. Dans ces circonstances, la défenderesse soutient qu'il ne s'agit ni d'un motif énuméré ni d'un motif analogue relativement à l'article 15.

[90] La troisième étape découlant du critère de l'arrêt *Law*, précité, consiste à savoir s'il y a discrimination. Dans l'arrêt *Law*, le tribunal a souligné que l'approche devrait être flexible, mais que la clé consiste en l'application du raisonnement stéréotypé.

[91] La défenderesse affirme qu'il n'y a pas d'application du raisonnement stéréotypé en l'espèce. La demanderesse a été évaluée sur une base personnalisée, en tenant compte de ses besoins et de ses capacités. Selon la preuve, les médecins agréés ont regardé les facteurs identifiés dans l'article 22 du Règlement, ils ont tenu compte du Guide et des facteurs qui y étaient identifiés, y compris la disponibilité des services médicaux, les coûts, l'accès ainsi que le déplacement des Canadiens. Les médecins agréés ont également tenu compte des textes et des articles médicaux, en même temps que de leurs connaissances et de leurs expériences personnalisées et ils en sont venus à une décision qui était basée sur la preuve médicale spécifique à la demanderesse.

[92] La défenderesse a abordé l'argument de la demanderesse selon lequel une inférence négative devrait être tirée de l'omission de la défense de faire témoigner le D^r Williams au procès.

[93] La courte réponse faite par la défenderesse à cet argument se retrouve dans l'exposé conjoint des faits qui a été déposé par les parties. La défenderesse affirme que, selon cet exposé conjoint des faits, il n'était pas nécessaire d'assigner le D^r Williams. La demanderesse était d'accord avec l'énoncé des faits qui avait été amendé au cours du procès simplement par rapport à la disponibilité du médicament interféron au Canada, mais cela n'avait rien à voir avec le D^r Williams. La défenderesse soutient que cette observation de la part de la demanderesse n'est pas pertinente.

[94] Finally, the defendant addressed the question of remedies. In this case, the plaintiff seeks a remedy pursuant to section 24 of the Charter. The defendant submits that the plaintiff has failed to show that she is entitled to such remedy, even if she succeeds in showing a breach of her Charter rights.

[95] The primary remedy sought by the plaintiff is a declaration of the invalidity of subparagraph 19(1)(a)(ii) pursuant to section 52 of the Constitution [*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. Additionally, the plaintiff claimed damages. The defendant argues that the plaintiff failed to show that she is entitled to damages, as a remedial measure.

[96] The defendant argues that an award of damages in this case would be inappropriate, in light of the decision of the Supreme Court of Canada in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679. She has not led evidence to show that she has suffered financial loss as a result of having been found medically inadmissible in 1994. She has not demonstrated that her personal stress and anxiety merit an award of general damages. There is no foundation to the claim that she was impeded in her desire to commence a family, as a result of a negative determination in 1994.

[97] In short, the defendant argues that no monetary award should be made pursuant to section 24.

ANALYSIS

[98] This action involves a challenge to the constitutional validity of section 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act*, *supra*. That section provides as follows:

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

(a) persons who are suffering from any disease, disorder, disability or other health impairment as a result of the

[94] Enfin, la défenderesse a abordé la question des réparations. En l'espèce, la demanderesse vise à obtenir réparation en vertu de l'article 24 de la Charte. La défenderesse soutient que la demanderesse a fait défaut de démontrer qu'elle aurait droit à une telle réparation, même si elle réussissait à démontrer une violation des droits qui lui sont conférés par la Charte.

[95] La principale réparation recherchée par la demanderesse consiste en une déclaration d'invalidité du sous-alinéa 19(1)a)(ii) en vertu de l'article 52 de la Constitution [*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]]. De plus, la demanderesse a réclamé des dommages-intérêts. La défenderesse soutient que la demanderesse a fait défaut de démontrer qu'elle avait droit aux dommages-intérêts à titre de mesure réparatrice.

[96] La défenderesse soutient qu'un octroi de dommages-intérêts dans la présente affaire ne serait pas approprié, à la lumière de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679. Elle n'a pas présenté d'éléments de preuve pour démontrer qu'elle avait subi des pertes financières du fait d'avoir été trouvée non admissible pour des raisons médicales en 1994. Elle n'a pas démontré que son angoisse et sa tension personnelles méritaient l'octroi de dommages-intérêts généraux. Il n'existe aucun fondement à la prétention selon laquelle son désir de commencer une famille a été entravé en raison d'une décision négative en 1994.

[97] En bref, la défenderesse soutient qu'aucune somme ne devrait être accordée en vertu de l'article 24.

ANALYSE

[98] Cette action implique une contestation de la validité constitutionnelle du sous-alinéa 19(1)a)(ii) de la *Loi sur l'immigration*, précitée. Ce sous-alinéa prévoit ce qui suit:

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

a) celles qui souffrent d'une maladie ou d'une invalidité dont la nature, la gravité ou la durée probable sont telles

nature, severity or probable duration of which, in the opinion of a medical officer concurred in by at least one other medical officer,

...

(ii) their admission would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services;

[99] The plaintiff claims that this section offends sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. These sections provide as follows:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

...

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 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.

[100] It is well-settled law that not every differential treatment gives rise to discrimination. In *Law, supra*, at paragraph 51 the Supreme Court proposes a purposive and contextual approach to subsection 15(1). The Court identifies the purposes of subsection 15(1) in the following passage:

It may be said that 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. Legislation which effects differential treatment between individuals or groups will violate this fundamental purpose where those who are subject to differential treatment fall within one or more enumerated or analogous grounds, and where the differential treatment reflects the stereotypical application of presumed group or

qu'un médecin agréé, dont l'avis est confirmé par au moins un autre médecin agréé, conclut:

[. . .]

(ii) soit que leur admission entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé;

[99] La demanderesse prétend que ce sous-alinéa enfreint les articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ces articles prévoient ce qui suit:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[. . .]

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.

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

[100] Il est bien établi en droit que ce ne sont pas toutes les différences de traitement qui donnent lieu à la discrimination. Dans l'arrêt *Law*, précité, au paragraphe 51, la Cour suprême propose une démarche fondée sur l'objet et sur le contexte du paragraphe 15(1). La Cour identifie les objets du paragraphe 15(1) dans le passage suivant:

On pourrait affirmer que le par. 15(1) a pour objet d'empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l'imposition de désavantages, de stéréotypes et de préjugés politiques ou sociaux, et de favoriser l'existence d'une société où tous sont reconnus par la loi comme des être humains égaux ou comme des membres égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect, et la même considération. Une disposition législative qui produit une différence de traitement entre des personnes ou des groupes est contraire à cet objectif fondamental si ceux qui font l'objet de la différence de traitement sont visés par un ou plusieurs des motifs énumérés

personal characteristics, or otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable, or less worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society. Alternatively, differential treatment will not likely constitute discrimination within the purpose of s. 15(1) where it does not violate the human dignity or freedom of a person or group in this way, and in particular where the differential treatment also assists in ameliorating the position of the disadvantaged within Canadian society.

[101] Understanding the meaning of human dignity is the key that shapes all elements of the discrimination analysis, according to *Law, supra*, at paragraph 53, the Court says:

Human dignity means that an individual or group feels self-respect and self-worth. It is concerned with physical and psychological integrity and empowerment. Human dignity is harmed by unfair treatment premised upon personal traits or circumstances which do not relate to individual needs, capacities, or merits. It is enhanced by laws which are sensitive to the needs, capacities, and merits of different individuals, taking into account the context underlying their differences. Human dignity is harmed when individuals and groups are marginalized, ignored, or devalued, and is enhanced when laws recognize the full place of all individuals and groups within Canadian society.

[102] In *Law, supra*, at paragraph 39, the Supreme Court of Canada synthesized the prior jurisprudence and proposed a three-step framework for analyzing a section 15 claim:

First, does the impugned law (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 remedying such ills as prejudice, stereotyping, and historical disadvantage? The second and third inquiries are concerned with whether the differential treatment constitutes

ou des motifs analogues et si la différence de traitement traduit une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou que, par ailleurs, elle perpétue ou favorise l'opinion que l'individu concerné est moins capable, ou moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne. Subsidiairement, une différence de traitement ne constituera vraisemblablement pas de la discrimination au sens du par. 15(1) si elle ne viole pas la dignité humaine ou la liberté d'une personne ou d'un groupe de cette façon, surtout si la différence de traitement contribue à l'amélioration de la situation des défavorisés au sein de la société canadienne.

[101] La compréhension du sens de la dignité humaine détermine tous les éléments de l'analyse relative à la discrimination, selon l'arrêt *Law*, précité, au paragraphe 53, la Cour statue:

La dignité humaine signifie qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi. Elle relève de l'intégrité physique et psychologique et de la prise en main personnelle. La dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelle qui n'ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne. Elle est rehaussée par des lois qui sont sensibles aux besoins, aux capacités et aux mérites de différentes personnes et qui tiennent compte du contexte sous-jacent à leurs différences. La dignité humaine est bafouée lorsque des personnes ou des groupes sont marginalisés, mis de côté et dévalorisés, et elle est rehaussée lorsque les lois reconnaissent le rôle à part entière joué par tous dans la société canadienne.

[102] Dans l'arrêt *Law*, précité, au paragraphe 39, la Cour suprême du Canada synthétise la jurisprudence antérieure et propose une analyse en trois étapes relativement à une allégation fondée sur l'article 15:

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 motifs énumérés ou des motifs analogues? Et, troisièmement, la différence de traitement était-elle 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

discrimination in the substantive sense intended by s. 15(1).

The Comparative Approach

[103] The first step in a subsection 15(1) analysis is therefore to determine whether subparagraph 19(1)(a)(ii) of the *Immigration Act* draws a distinction, based on one or more personal characteristics, between the plaintiff and some other person or group to whom she may be properly compared, resulting in unequal treatment. Crucial to this analysis is the identification of the proper comparator group.

[104] In *Law, supra* at paragraph 58, the Court acknowledged that generally a claimant will identify the comparator group for the purpose of the discrimination analysis, saying:

When identifying the relevant comparator, the natural starting point is to consider the claimant's view. It is the claimant who generally chooses the person, group, or groups with whom he or she wishes to be compared for the purpose of the discrimination inquiry, thus setting the parameters of the alleged differential treatment that he or she wishes to challenge. However, the claimant's characterization of the comparison may not always be sufficient. It may be that the differential treatment is not between the groups identified by the claimant, but rather between other groups. Clearly a court cannot, *ex proprio motu*, evaluate a ground of discrimination not pleaded by the parties and in relation to which no evidence has been adduced: see *Symes, supra*, at p. 762. However, within the scope of the ground or grounds pleaded, I would not close the door on the power of a court to refine the comparison presented by the claimant where warranted.

[105] As noted above, the Court should be inclined to evaluate the grounds of discrimination as presented by the claimant, however, it may refine the comparison where warranted. In *Granovsky, supra*, the Court modified the comparator as set out by the applicant on the basis that he did not properly consider the purpose and effect of the legislation in question and said at paragraph 47:

désavantage historique? Les deuxième et troisième questions servent à déterminer si la différence de traitement constitue de la discrimination réelle au sens du par. 15(1).

La méthode comparative

[103] La première étape d'une analyse relative au paragraphe 15(1) consiste donc à déterminer si le sous-alinéa 19(1)(a)(ii) de la *Loi sur l'immigration* établit, entre la demanderesse et une autre personne ou un autre groupe avec qui elle peut être comparée de manière appropriée, une distinction fondée sur une ou plusieurs caractéristiques personnelles, créant ainsi une inégalité. Ce qui est crucial pour la présente analyse, c'est l'identification du groupe de comparaison approprié.

[104] Dans l'arrêt *Law*, précité, au paragraphe 58, la Cour a reconnu qu'un demandeur identifiera généralement le groupe de comparaison pour les besoins de l'analyse relative à la discrimination, statuant:

Le point de départ naturel lorsqu'il s'agit d'établir l'élément de comparaison pertinent consiste à tenir compte du point de vue du demandeur. C'est généralement le demandeur qui choisit la personne, le groupe ou les groupes avec lesquels il désire être comparé aux fins de l'analyse relative à la discrimination, déterminant ainsi les paramètres de la différence de traitement qu'il allègue et qu'il souhaite contester. Cependant, il se peut que la qualification de la comparaison par le demandeur ne soit pas suffisante. La différence de traitement peut ne pas s'effectuer entre les groupes cernés par le demandeur, mais plutôt entre d'autres groupes. Le tribunal ne peut manifestement pas, de son propre chef, évaluer un motif de discrimination que n'ont pas invoqué les parties et à l'égard duquel aucune preuve n'a été produite: voir *Symes*, précité, à la p. 762. Cependant, dans le cadre du ou des motifs invoqués, je n'exclurais pas le pouvoir du tribunal d'approfondir la comparaison soumise par le demandeur lorsque le tribunal estime justifié de le faire.

[105] Comme je l'ai mentionné précédemment, la Cour devrait avoir tendance à évaluer les motifs de discrimination présentés par le demandeur. Cependant, elle peut approfondir la comparaison lorsqu'elle estime justifié de le faire. Dans l'arrêt *Granovsky*, précité, le tribunal a modifié l'élément de comparaison établi par le demandeur en raison du fait qu'il n'avait pas examiné de manière appropriée l'objet et l'effet des dispositions en question et il a statué au paragraphe 47:

Such identification has to bear an appropriate relationship between the group selected for comparison and the benefit that constitutes the subject matter of the complaint. As was pointed out in *Law, supra*, at para. 57:

Both the purpose and the effect of the legislation must be considered in determining the appropriate comparison group or groups.

[106] In *Granovsky, supra*, disability was considered in the context of the *Canada Pension Plan* [R.S.C., 1985, c. C-8] related to contribution periods. The applicant was a person who suffered from a temporary disability who wished to be compared to able-bodied persons in the discrimination analysis. The Court concluded that the proper comparison in that situation was with the manner in which a person with a permanent disability was treated under the legislation.

[107] The plaintiff argues that she was unlawfully discriminated against and treated in a different manner than able-bodied spouses of Canadian citizens. She proposes that the able-bodied spouses constitute the «comparator» group. The defendant says that the impugned section of the *Immigration Act* focuses on excessive demands and the proper comparator group is that class of persons who, like the plaintiff, seek admission into Canada as members of the family class.

[108] In my opinion, the appropriate comparator group in this case is the family class. That is the capacity in which the plaintiff sought admission into Canada. As stated in *Granovsky, supra*, the comparator must relate to the benefit which is the subject-matter of the challenge. Here, the benefit is entry into Canada.

[109] Does the application of subparagraph 19(1)(a)(ii) to the plaintiff result in differential treatment in relation to the comparator group, contrary to subsection 15(1)?

[110] The plaintiff contends that it does, on the prohibited ground of disability, and says that the

Une telle identification requiert un lien adéquat entre le groupe de comparaison choisi et l'avantage qui constitue l'objet de la plainte. Comme il a été souligné dans l'arrêt *Law*, précité, au par. 57:

Il faut examiner à la fois l'objet et l'effet des dispositions pour faire ressortir le groupe ou les groupes de comparaison appropriés.

[106] Dans l'arrêt *Granovsky*, précité, la déficience a été examinée dans le contexte du *Régime de pensions du Canada* [L.R.C. (1985), ch. C-8] en rapport avec les périodes cotisables. Le demandeur était une personne souffrant d'une déficience temporaire qui désirait être comparée à des personnes physiquement aptes dans l'analyse relative à la discrimination. La Cour a conclu que la comparaison appropriée dans cette situation était celle portant sur la manière dont une personne ayant une déficience permanente était traitée en vertu des dispositions.

[107] La demanderesse soutient qu'elle a été illégalement victime de discrimination et qu'elle a été traitée d'une manière différente par rapport à celle des conjoints physiquement aptes de citoyens canadiens. Elle propose que les conjoints physiquement aptes constituent le groupe [TRADUCTION] «de comparaison». La défenderesse affirme que le sous-alinéa contesté de la *Loi sur l'immigration* met l'accent sur le fardeau excessif et que le groupe de comparaison approprié consiste en cette catégorie de personnes qui, comme la demanderesse, vise à obtenir l'admission au Canada en tant que parents.

[108] À mon avis, le groupe de comparaison approprié en l'espèce est celui de la catégorie des parents. Voilà la qualité en vertu de laquelle la demanderesse visait à obtenir l'admission au Canada. Comme il a été mentionné dans l'arrêt *Granovsky*, précité, l'élément de comparaison doit se rapporter à l'avantage qui fait l'objet de la contestation. En l'espèce, l'avantage, c'est l'entrée au Canada.

[109] Est-ce que l'application du sous-alinéa 19(1)a)(ii) à la demanderesse crée une différence de traitement relativement au groupe de comparaison, en violation du paragraphe 15(1)?

[110] La demanderesse soutient que c'est le cas, par suite d'une déficience, un motif illicite, et elle affirme

provision invites such an interpretation, on its face.

[111] The defendant argues that the use of the words “disease”, “disorder” or “disability” in subparagraph 19(1)(a)(ii) are merely indicators of the types of circumstances which may give rise to excessive demands, but that this language is not the focus of the subparagraph. The purpose of the subparagraph is to inquire whether the admission of a particular individual into Canada as a permanent resident may reasonably be expected to impose excessive demands on health or social services, and that purpose is apparent even if the words “disease”, “disorder” or “disability” are deleted.

[112] Guidelines are provided for the conduct of a medical assessment, by way of a handbook issued to the medical officer. While an initial medical examination is conducted by a designated medical practitioner in the area where the potential immigrant files an application for permanent residence, the assessment of the medical condition is conducted by medical officers appointed under the *Immigration Act*. The medical officers are either staff employees or contract physicians. In this case, the medical assessment was signed by Dr. Lazarus, a staff doctor with the Canadian High Commission in London, and Dr. Williams, a Canadian-trained physician who was a contract physician with the Canadian High Commission in London.

[113] According to the evidence of Dr. Lazarus, the personal and individual circumstances of the plaintiff were assessed. Her illness was assessed against the prospect of future care in Canada, including potential hospitalization and the availability and need for pharmaceutical products to assist in the management of the plaintiff’s health condition.

[114] The application of the section results in different consequences for individuals since those who are found to be medically admissible will be permitted to enter Canada, as long as they otherwise meet the other requirements of the *Immigration Act* and the Regulations. Those who are found to be medically inadmissible will not be authorized to enter Canada,

que la disposition incite, comme telle, à une telle interprétation.

[111] La défenderesse prétend que les mots «maladie» ou «invalidité» utilisés dans le sous-alinéa 19(1)a)(ii) ne sont simplement que des indicateurs des types de circonstances pouvant donner lieu à un fardeau excessif, mais que ces termes ne sont pas au centre du sous-alinéa. L’objet du sous-alinéa consiste à se demander si l’admission d’une personne en particulier au Canada en tant que résidente permanente risquerait d’imposer un fardeau excessif aux services de santé ou aux services sociaux et cet objet est évident, même si les mots «maladie» ou «invalidité» sont enlevés.

[112] Des lignes directrices sont fournies pour la conduite d’une évaluation médicale, par le truchement d’un guide délivré au médecin agréé. Bien qu’un examen médical initial soit effectué par un médecin désigné dans la région où l’immigrant éventuel dépose une demande de résidence permanente, l’évaluation de l’état de santé est effectuée par les médecins agréés nommés en vertu de la *Loi sur l’immigration*. Les médecins agréés sont soit des membres du personnel, soit des médecins contractuels. En l’espèce, l’évaluation médicale a été signée par le D^r Lazarus, un médecin du personnel du Haut-commissariat du Canada à Londres, et le D^r Williams, un médecin formé au Canada qui était un médecin contractuel du Haut-commissariat du Canada à Londres.

[113] Selon le témoignage du D^r Lazarus, la situation personnelle et individuelle de la demanderesse a été évaluée. Sa maladie a été évaluée par rapport à la perspective de soins futurs au Canada, y compris une hospitalisation éventuelle ainsi que la disponibilité et les besoins de produits pharmaceutiques afin d’aider à la gestion de l’état de santé de la demanderesse.

[114] L’application du sous-alinéa a des conséquences différentes pour les personnes, puisque celles qui sont déclarées admissibles pour des raisons médicales auront la permission d’entrer au Canada, en autant qu’elles satisfont aux autres exigences de la *Loi sur l’immigration* et du Règlement. Celles qui sont déclarées non admissibles pour des raisons médicales ne

regardless of satisfying the remaining provisions of the Act and Regulations.

[115] Different consequences resulting from the application of a general requirement, that is a medical examination for all persons seeking admission into Canada as members of the family class, invite inquiry whether the plaintiff was adversely affected by the application to her of the excessive demands criteria, on the basis of a disability, that is multiple sclerosis.

[116] The plaintiff argues that the section has an adverse discriminatory effect on her because it focuses on disability. She submits that a discriminatory purpose is not necessary to establish a breach of subsection 15(1) if the effect of the legislation is a denial of equal treatment under the *Immigration Act*.

[117] While indirect discrimination must be considered in any subsection 15(1) analysis, success on such argument depends upon evidence that the legislation indeed has an adverse discriminatory impact on an individual or group, based on enumerated or analogous grounds. In *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3, the claimant succeeded in showing that uniformly applied minimum physical fitness standards for forest firefighters in British Columbia have a discriminatory effect on women. There was evidence to show that on the basis of physiological differences, most women have a lower aerobic capacity than most men.

[118] Although there was evidence in this case from Ms. Catherine Frazee, who was qualified as an expert witness in critical disability analysis and social context theory, that evidence was not specifically directed to the issue of excessive demands in the context of the *Immigration Act*.

[119] I am unable to find that the excessive demands provisions of the Act have an adverse discriminatory

seront pas autorisées à entrer au Canada, sans égard au fait qu'elles satisfassent aux autres dispositions de la Loi et du Règlement.

[115] Des conséquences différentes résultant de l'application d'une exigence générale, c'est-à-dire un examen médical pour toutes les personnes visant à obtenir l'admission au Canada en tant que membre de la catégorie des parents, incitent à se demander si la demanderesse a subi des effets négatifs du fait de l'application, dans son cas, du critère du fardeau excessif, en raison d'une déficience, c'est-à-dire la sclérose en plaques.

[116] La demanderesse soutient que le sous-alinéa crée une discrimination par suite d'un effet préjudiciable sur elle, parce qu'il met l'accent sur la déficience. Elle soumet que l'objet discriminatoire n'est pas nécessaire pour établir une violation du paragraphe 15(1) si l'effet des dispositions constitue un déni du droit à l'égalité de traitement en application de la *Loi sur l'immigration*.

[117] Bien que la discrimination indirecte puisse être examinée dans toute analyse relative au paragraphe 15(1), le succès d'un tel argument dépend de la preuve que les dispositions ont effectivement des effets discriminatoires sur une personne ou un groupe, en raison des motifs énumérés ou analogues. Dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, la demanderesse a réussi à démontrer que les normes minimales de condition physique appliquées uniformément pour les pompiers forestiers en Colombie-Britannique ont un effet préjudiciable sur les femmes. Il y avait des éléments de preuve pour démontrer que, en raison des différences physiologiques, la plupart des femmes ont une capacité aérobique moins élevée que la plupart des hommes.

[118] Bien qu'il y ait, en l'espèce, le témoignage de M^{me} Catherine Frazee, qui était qualifiée comme témoin expert, dans l'analyse des déficiences critiques et dans la théorie du contexte social, ce témoignage n'était pas explicitement dirigé vers la question du fardeau excessif dans le cadre de la *Loi sur l'immigration*.

[119] Je ne suis pas en mesure de conclure, en l'absence de preuve à cet effet, que les dispositions de

impact on persons in the plaintiff's class in the absence of evidence to that effect. Furthermore, the adverse effects arguments are subject to the legal context prevailing here.

[120] That context is immigration law, in particular the circumstances in which persons will be found to be admissible to Canada. Such entry is not a right for anyone other than Canadian citizens and permanent residents. It is a privilege and its grant lies within the purview of the Canadian government which is entitled to establish entry standards, including an assessment of potential excessive demands on health services.

A Purposive Approach to Establishing Discrimination

[121] The second and third stages of a subsection 15(1) inquiry acknowledge that not all differential treatment will amount to discrimination. Differential treatment amounts to discrimination where those who are subject to it fall within one or more of the enumerated grounds, where the differential treatment reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics or when differential treatment has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable, or less worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society.

[122] Subparagraph 19(1)(a)(ii) is not directed to any of the specified grounds in subsection 15(1) of the Charter. It is directed to excessive demands. That raises the question whether the section discriminates on an analogous ground.

[123] Discrimination on an analogous ground was considered by the Supreme Court of Canada in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203. In determining whether an analogous ground of discrimination exists, it is necessary to consider whether that ground is similar to the enumerated grounds and to grounds recognized as analogous in the past. Consideration must also be given

la Loi relatives au fardeau excessif ont des effets discriminatoires sur des personnes appartenant à la catégorie à laquelle appartient la demanderesse. De plus, l'argumentation relative aux effets préjudiciables est sujette au contexte juridique prévalant en l'espèce.

[120] Ce contexte est celui du droit de l'immigration, en particulier celui des circonstances dans lesquelles on conclura que des personnes sont admissibles au Canada. Une telle entrée constitue un droit exclusif aux citoyens canadiens et aux résidents permanents. Il s'agit d'un privilège pour les autres et son octroi est du ressort du gouvernement du Canada qui a le droit d'établir des normes d'entrée, y compris une évaluation relative au fardeau excessif éventuel pour les services de santé.

Une démarche fondée sur l'objet afin d'établir la discrimination

[121] Les deuxièmes et troisièmes étapes d'une analyse relative au paragraphe 15(1) reconnaissent que ce ne sont pas toutes les différences de traitement qui équivalent à de la discrimination. La différence de traitement équivaut à de la discrimination si ceux qui en font l'objet sont visés par un ou plusieurs des motifs énumérés, si la différence de traitement traduit une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou si la différence de traitement perpétue ou favorise l'opinion que l'individu concerné est moins capable, ou moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne.

[122] Le sous-alinéa 19(1)(a)(ii) n'est dirigé vers aucun des motifs énoncés dans le paragraphe 15(1) de la Charte. Il est dirigé vers le fardeau excessif. Cela soulève la question de savoir si le sous-alinéa est discriminatoire pour un motif analogue.

[123] La discrimination pour un motif analogue a été examinée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203. Pour déterminer si un motif analogue existe, il est nécessaire d'examiner si ce motif est similaire aux motifs énumérés et aux motifs reconnus comme analogues dans le passé. Il faut également prendre en considération la question de

to whether the differential treatment is premised on grounds that implicate human dignity.

[124] The issue addressed by subparagraph 19(1)(a)(ii) is not disability, as urged by the plaintiff, but the question of excessive demands. On the basis of the evidence, it appears that this is assessed having regard to personal characteristics of a potential immigrant, including a health condition which may reasonably be expected to cause excessive demands upon existing Canadian health and social services.

[125] In my opinion, the argument of discrimination on the basis of an analogous ground must fail. The section in question focuses on excessive demands, not on disease, disorder or disability. Contrary to the stance taken by the plaintiff, this case is not about disability but the medical assessment of potential immigrants to Canada within the context of Canadian immigration law. By its nature, legislation governing immigration must be selective.

[126] Regulation of immigration is a matter falling within federal jurisdiction and it is clearly within the right of the federal government to control the entry of people into Canada. The *Immigration Act* specifically provides that only Canadian citizens and permanent residents have a right to enter Canada. All other persons seeking entry must comply with the Act and Regulations.

[127] In *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, the Supreme Court of Canada, in dealing with the issue of an unreasonable and illegal search and a challenge to same pursuant to section 8 of the Charter, commented on the right of a sovereign state to control and screen persons crossing its borders. At page 528, the Court said as follows:

People do not expect to be able to cross international borders free from scrutiny. It is commonly accepted that sovereign states have the right to control both who and what enters their boundaries. For the general welfare of the nation the state is expected to perform this role. Without the ability to establish that all persons who seek to cross its borders and their goods are legally entitled to enter the country, the state would be

savoir si la différence de traitement repose sur des motifs qui impliquent la dignité humaine.

[124] La question abordée par le sous-alinéa 19(1)a)(ii) n'est pas la déficience, contrairement à ce que soutient la demanderesse, mais la question du fardeau excessif. En se basant sur la preuve, il semble que l'évaluation soit effectuée en tenant compte des caractéristiques personnelles d'un immigrant éventuel, y compris un état de santé qui risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services de santé et les services sociaux existants.

[125] À mon avis, l'argument de discrimination fondée sur un motif analogue doit être rejeté. Le sous-alinéa en question met l'accent sur le fardeau excessif, non sur une maladie ou une invalidité. Contrairement à la position adoptée par la demanderesse, cette affaire ne concerne pas la déficience, mais l'évaluation médicale relativement à des immigrants éventuels au Canada dans le contexte du droit de l'immigration canadien. De par sa nature, la législation régissant l'immigration doit être sélective.

[126] La réglementation de l'immigration représente une question de juridiction fédérale et le gouvernement fédéral a clairement le droit de contrôler l'entrée des gens au Canada. La *Loi sur l'immigration* prévoit explicitement que seuls les citoyens canadiens et les résidents permanents ont un droit d'entrer au Canada. Toutes les autres personnes visant à entrer doivent se conformer à la Loi et au Règlement.

[127] Dans l'arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, la Cour suprême du Canada, en traitant de la question d'une fouille abusive et illégale et de sa contestation en vertu de l'article 8 de la Charte, a commenté le droit d'un état souverain de contrôler et d'examiner les personnes traversant ses frontières. À la page 528, la Cour a statué comme suit:

En effet, les gens ne s'attendent pas à traverser les frontières internationales sans faire l'objet d'une vérification. Il est communément reconnu que les États souverains ont le droit de contrôler à la fois les personnes et les effets qui entrent dans leur territoire. On s'attend à ce que l'État joue ce rôle pour le bien-être général de la nation. Or, s'il était incapable d'établir que tous ceux qui cherchent à traverser ses frontières ainsi que

precluded from performing this crucially important function.

[128] Although the factual situation in *Simmons, supra*, differs from that presently in issue, the decision is relevant in so far as it recognizes the right of a state to screen potential entrants seeking admission within its borders. The process of assessing medical examinations for the purpose of determining excessive demands upon existing Canadian health services is an aspect of the screening process to which potential immigrants are subject. In my opinion, this is not within the enumerated grounds of subsection 15(1) nor is it analogous to it.

The Contextual Factors

[129] The third step of the inquiry examines whether the differential treatment constitutes discrimination in the substantive sense. In light of my conclusion that the exclusion in subparagraph 19(1)(a)(ii) does not amount to discrimination based on an enumerated or analogous ground, it is not necessary to address the third aspect of the *Law* test.

SECTION 7

Security of the Person

[130] The issue of security of the person was recently considered by the Supreme Court in *G. (J.), supra*. At paragraph 59, the Court finds the constitutional guarantee of security of the person does not protect against “ordinary stresses and anxieties that a person of reasonable sensibility would suffer as a result of government action.” The concept of “government action” is relevant to the section 7 inquiry. The anxiety must be caused by some interference or action on the part of the state.

[131] I am satisfied that the plaintiff’s right to security of the person was not infringed in consequence of the application of the medical inadmissibility section. She was not the victim of state action. As a potential immigrant, she was subject to meeting the requirements

leurs effets peuvent légalement pénétrer dans son territoire, l’État ne pourrait pas remplir cette fonction éminemment importante.

[128] Bien que la situation factuelle dans l’arrêt *Simmons*, précité, diffère de celle faisant l’objet du présent litige, la décision est pertinente dans la mesure où elle reconnaît le droit d’un État d’examiner les arrivants éventuels visant à obtenir l’admission dans ses frontières. Le processus d’évaluation des examens médicaux en vue de déterminer s’il y a un fardeau excessif pour les services de santé canadiens existants constitue un aspect du processus d’examen dont les immigrants éventuels font l’objet. À mon avis, cela n’est pas dans le cadre des motifs énumérés du paragraphe 15(1) et n’y est pas analogue.

Les facteurs contextuels

[129] La troisième étape de l’analyse examine la question de savoir si la différence de traitement constitue de la discrimination réelle. À la lumière de ma conclusion selon laquelle l’exclusion du sous-alinéa 19(1)a(ii) n’équivaut pas à de la discrimination fondée sur un motif énuméré ou analogue, il n’est pas nécessaire d’aborder le troisième aspect du critère de *Law*.

ARTICLE 7

Sécurité de la personne

[130] La question de la sécurité de la personne a récemment été examinée par la Cour suprême dans l’arrêt *G. (J.)*, précité. Au paragraphe 59, la Cour conclut que la garantie constitutionnelle de sécurité de la personne ne protège pas contre «les tensions et les angoisses ordinaires qu’une personne ayant une sensibilité raisonnable éprouverait par suite d’un acte gouvernemental». Le concept d’«acte gouvernemental» est pertinent pour l’analyse de l’article 7. L’angoisse peut être causée par une certaine interférence ou un certain acte de la part de l’État.

[131] Je suis convaincue que le droit de la demanderesse à la sécurité de sa personne n’a pas été violé par suite de l’application du sous-alinéa relatif à la non-admissibilité pour des raisons médicales. Elle n’a pas été victime d’un acte de l’État. En tant

of the *Immigration Act* and Regulations. Contrary to her arguments, she had no right to enter Canada in her capacity as the spouse of a Canadian citizen. That is not the law and her challenge to the medical inadmissibility section must be assessed in relation to the prevailing law, subject to the provisions of the Charter.

Vagueness

[132] Both parties refer to *Nova Scotia Pharmaceutical, supra*, as authority for determining whether or not a breach of section 7 has occurred, in relation to the application of subparagraph 19(1)(a)(ii). On the basis of the evidence of Dr. Axler, Dr. Giovannazo and Dr. Lazarus, I find the arguments of the defendant more persuasive than those advanced by the plaintiff. I am satisfied that the process by which the plaintiff was assessed meets the criteria identified in *Nova Scotia Pharmaceutical, supra*, that there are tools to guide the conduct of the medical assessment and to inform a legal debate, that the assessment procedure is not arbitrary, and that the principles of fundamental justice are not offended.

[133] The plaintiff underwent a medical examination in accordance with the Act and Regulations. Her particular circumstances were assessed by two Canadian-trained physicians, that is Dr. Lazarus and Dr. Williams. According to the evidence of Dr. Giovannazo, Canadian-trained physicians are chosen to act as medical officers because they are familiar with the health system in Canada, including available and pending treatment.

[134] The plaintiff's arguments with respect to a stereotypical approach to assessment of a medical condition are based in her challenge pursuant to section 7 of the Charter as well as section 15. In relation to section 7, she alleges that her right to life, liberty and security has been compromised as the result of having been found medically inadmissible to Canada. She argues that the medical inadmissibility section is

qu'immigrante éventuelle, elle était sujette à la satisfaction des exigences de la *Loi sur l'immigration* et du Règlement. Contrairement à son argumentation, elle n'avait pas le droit d'entrer au Canada en sa qualité de conjointe d'un citoyen canadien. Ce n'est pas ce que prévoit le droit et sa contestation du sous-alinéa relatif à la non-admissibilité pour des raisons médicales doit être évaluée en rapport avec le droit en vigueur, sous réserve des dispositions de la Charte.

Imprécision

[132] Les deux parties se rapportent à l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical*, précité, comme faisant autorité pour déterminer s'il y a eu ou non violation de l'article 7, en rapport avec l'application du sous-alinéa 19(1)(a)(ii). En me basant sur les témoignages du D^r Axler, du D^r Giovannazo et du D^r Lazarus, je conclus que l'argumentation de la défenderesse est plus convaincante que celle avancée par la demanderesse. Je suis convaincue que le processus avec lequel la demanderesse a été évaluée satisfait aux critères identifiés dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical*, précité, qu'il existe des outils afin de guider la conduite de l'évaluation médicale et un débat judiciaire, que la procédure d'évaluation n'est pas arbitraire et que les principes de justice fondamentale ne sont pas enfreints.

[133] La demanderesse a subi un examen médical conformément à la Loi et au Règlement. Sa situation particulière a été évaluée par deux médecins formés au Canada, c'est-à-dire le D^r Lazarus et le D^r Williams. Selon le témoignage du D^r Giovannazo, les médecins formés au Canada sont choisis pour agir en tant que médecins agréés, parce qu'ils connaissent bien le système de santé au Canada, y compris le traitement disponible et imminent.

[134] L'argumentation de la demanderesse relative à une approche stéréotypée pour l'évaluation d'un état de santé est fondée sur sa contestation en vertu de l'article 7 de la Charte, de même que de l'article 15. Relativement à l'article 7, elle prétend que son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité a été compromis à la suite du fait qu'on a conclu qu'elle était non-admissible pour des raisons médicales au Canada. Elle soutient que la

unconstitutional because it offends the principles of fundamental justice because it is vague and the implementation of the section depends upon the application of arbitrary standards. In particular, she points to the lack of conduct of a true functional assessment, including an assessment of her education, skills, work history and potential for productive work in Canada.

[135] The evidence of Dr. Lazarus makes it clear that the plaintiff's capacity for productive work was not in issue and he recognized her ability in a positive fashion. However, that was overridden by his assessment that her likely future need for medical care in Canada would be excessive. The issue of excessive demands was discussed by Dr. Axler and Dr. Heywood, and the general consensus is that «excessive demands» is something higher than average.

[136] Although the evidence shows that the costs of treating persons in Canada with multiple sclerosis has not been calculated, the evidence of Dr. Lazarus was that this condition is a costly one to treat in Canada. He concluded on the basis of the plaintiff's history, including the possibility of renal failure, that she was likely to require hospitalization and costly future treatment.

Procedural Fairness

[137] As a final argument in relation to section 7, the plaintiff submits that her medical assessment was procedurally flawed because Dr. Williams, the contract physician, signed as the second signatory. She argues that he had no authority to do so.

[138] In my opinion, this argument about procedural fairness is misplaced in the present proceedings. It is more appropriate to a judicial review of the negative medical inadmissibility determination, a remedy which was not pursued. In any event, it does not meet the

disposition relative à la non-admissibilité pour des raisons médicales est inconstitutionnelle, parce qu'elle enfreint les principes de justice fondamentale du fait de son imprécision et que la mise en application du sous-alinéa dépend de l'application de normes arbitraires. Elle souligne en particulier l'absence d'une véritable évaluation fonctionnelle, y compris une évaluation de sa formation, de ses compétences, de ses antécédents professionnels et de son potentiel pour effectuer un travail productif au Canada.

[135] Le témoignage du D^r Lazarus a clairement démontré que la capacité de la demanderesse d'effectuer un travail productif n'était pas contestée et il reconnaissait sa capacité de façon positive. Cependant, son évaluation selon laquelle ses besoins futurs probables de soins médicaux au Canada seraient excessifs a occulté ce témoignage. La question du fardeau excessif a été discutée par le D^r Axler et le D^r Heywood et le consensus général veut que le fardeau excessif soit quelque chose de plus élevé que la moyenne.

[136] Bien que la preuve démontre que les coûts associés au traitement au Canada des personnes ayant la sclérose en plaques n'ont pas été calculés, d'après le témoignage du D^r Lazarus, le traitement des personnes atteintes de cette maladie est très coûteux au Canada. Il a conclu, en se basant sur les antécédents de la demanderesse, y compris la possibilité d'insuffisance rénale, qu'elle nécessiterait probablement une hospitalisation et un traitement futur coûteux.

Équité procédurale

[137] À titre d'argument final relativement à l'article 7, la demanderesse soumet que son évaluation médicale a été viciée sur le plan procédural, parce que le D^r Williams, le médecin contractuel, avait signé en tant que deuxième signataire. Elle soutient qu'il n'avait pas le pouvoir de le faire.

[138] À mon avis, cet argument concernant l'équité procédurale est hors de propos dans la présente instance. Il est plus approprié à un contrôle judiciaire de la décision négative de non-admissibilité pour des raisons médicales, un recours qui n'a pas été présenté. De toute

criteria for establishing a breach of section 7.

[139] For the reasons outlined above, I conclude that subparagraph 19(1)(a)(ii) offends neither subsection 15(1) of the Charter nor section 7.

[140] The action is dismissed. If parties cannot agree, then they are invited to make submissions on costs.

manière, il ne satisfait pas aux critères pour l'établissement d'une violation de l'article 7.

[139] Pour les motifs exposés précédemment, je conclus que le sous-alinéa 19(1)a)(ii) n'enfreint pas le paragraphe 15(1) de la Charte ni l'article 7.

[140] L'action est rejetée. Si les parties ne peuvent s'entendre concernant les dépens, elles sont invitées à faire des observations à ce sujet.

A-615-01
2002 FCA 290

A-615-01
2002 CAF 290

Genpharm Inc. (*Appellant*)

v.

The Minister of Health and Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. and The Procter & Gamble Company (*Respondents*)

INDEXED AS: PROCTER & GAMBLE PHARMACEUTICALS CANADA, INC. v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (C.A.)

Court of Appeal, Linden, Rothstein and Sharlow J.J.A.—
Toronto, June 13; Ottawa, July 8, 2002.

Patents — Practice — Patent for new way of using polyphosphonates in treatment of osteoporosis (product packaged in kit for intermittent, cyclical use) — Genpharm alleging its product would not infringe as not packaged in kit — Notices of allegation fatally flawed as Genpharm failed to provide facts in its detailed statements addressing use claims in patent, therefore failed to advance any facts to support allegations of non-infringement of use claims — Evidence establishing Genpharm's product would be used for treatment of osteoporosis if notice of compliance obtained — Infringement of patent for purposes of Regulations if generic producer sells product and infringement results by patient using product for use protected in patent — If not direct, then at least indirect infringement of patent.

Practice — Res Judicata — Issue estoppel — Patent for new way of using polyphosphonates in treatment of osteoporosis (product packaged in kit for intermittent, cyclical use) — Generic producer alleging its product would not infringe as not packaged in kit — Order, in course of prohibition application proceedings, to produce portions of generic producer's abbreviated new drug submission not estopping original product manufacturer from raising defects in notices of allegation in main proceeding — Notice of allegation not court document, not subject to being perfected by court order.

In October 2001, McKeown J. granted an order of prohibition preventing the Minister of Health from issuing notices of compliance to Genpharm Inc. for its 200 mg and 400 mg tablets of its product Gen-étidronate, containing the

Genpharm Inc. (*appelante*)

c.

Le ministre de la Santé et la Compagnie pharmaceutique Procter & Gamble Canada et The Procter & Gamble Company (*intimés*)

RÉPERTORIÉ: COMPAGNIE PHARMACEUTIQUE PROCTER & GAMBLE CANADA c. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (C.A.)

Cour d'appel, juges Linden, Rothstein et Sharlow, J.C.A.—Toronto, 13 juin; Ottawa, 8 juillet 2002.

Brevets — Pratique — Brevet ayant pour objet une nouvelle utilisation de polyphosphonates pour le traitement de l'ostéoporose (produit emballé en kit pour une utilisation intermittente, cyclique) — Genpharm soutient que son produit ne constituerait pas une contrefaçon puisque celui-ci n'est pas emballé en kit — Les avis d'allégation sont entachés d'un vice fatal parce que dans son énoncé détaillé, Genpharm n'a pas fourni de faits traitant des revendications pour l'utilisation contenues dans le brevet, ainsi elle n'a présenté aucun fait à l'appui de ses allégations de non-contrefaçon des revendications pour l'utilisation — La preuve a établi que le produit de Genpharm serait utilisé pour le traitement de l'ostéoporose si celle-ci obtenait un avis de conformité — Il y a contrefaçon du brevet pour les fins du Règlement si la vente d'un produit du fabricant de génériques a pour effet la contrefaçon du brevet par des patients qui font de ce produit une utilisation protégée — Il y a contrefaçon du brevet, sinon directement, du moins indirectement.

Pratique — Res judicata — Irrecevabilité — Brevet ayant pour objet une nouvelle utilisation de polyphosphonates pour le traitement de l'ostéoporose (produit emballé en kit pour une utilisation intermittente, cyclique) — Le fabricant de génériques soutient que son produit ne constituerait pas une contrefaçon puisque celui-ci n'est pas emballé en kit — Dans le cadre de l'instance en interdiction, l'ordonnance visant la production de certains extraits de la présentation abrégée de drogue nouvelle du fabricant de génériques n'empêchait pas le fabricant du produit d'origine de soulever les vices des avis d'allégation dans l'instance principale — L'avis d'allégation n'est pas un document judiciaire, il n'est pas susceptible d'être amélioré par une ordonnance de la Cour.

En octobre 2001, le juge McKeown a rendu une ordonnance d'interdiction interdisant au ministre de la Santé de délivrer des avis de conformité à Genpharm Inc. pour son produit Gen-étidronate sous forme de comprimés renfermant

drug etidronate disodium, until after the expiration of Procter & Gamble Co.'s (P&G) patent on the basis that Genpharm's notices of allegation were fatally flawed. McKeown J. did not assess the merits of the application. This was an appeal from that decision. Genpharm submitted that McKeown J. erred in so concluding because the adequacy of the notices of allegation had been previously decided and the matter was *res judicata* (on a motion under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, subsection 6(7), Pelletier J. had ordered that certain portions of Genpharm's abbreviated new drug submission (ANDS) for notices of compliance be produced to P&G), and because, in any event, the notices of allegation were sufficient and not fatally flawed.

Held, the appeal should be dismissed.

The issue estoppel argument was not well founded. It is correct that the disclosure order was not appealed. But since appeals are taken from orders, not from reasons, P&G had no reason to appeal that order. Pelletier J. was not asked to determine whether ordering production would perfect a defective notice of allegation. The order he made cannot be said to have estopped P&G from raising defects in the notices of allegation before McKeown J. or to have precluded McKeown J. from deciding the prohibition application on the basis of defectiveness in the notices of allegation. A notice of allegation is not a court document and is not subject to being perfected by a court order. None of the purposes of subsection 6(7) include curing a defective notice of allegation.

The notices of allegation were fatally flawed. P&G's patent was for a new way of using an existing drug, etidronate or etidronate disodium, in intermittent cycles in the treatment of osteoporosis, since continuous use was not found to be particularly useful. While it tended to inhibit bone loss, continuous use also tended to inhibit bone formation, possibly leading to the development of spontaneous bone fractures. Intermittent use appeared to avoid the negative effect, producing a net increase in bone mass. To facilitate compliance with the intermittent regimen, claims 1 to 16 of P&G's patent provided for a kit containing an appropriate number of tablets of etidronate disodium for a specified number of days and an appropriate number of daily doses of a nutrient supplement or placebo for a specified number of days.

Genpharm argued that since it would not package its etidronate disodium product in a kit in combination with any other active ingredient or nutrient supplement, P&G's patent

200 mg et 400 mg d'etidronate disodique, avant l'expiration du brevet de Procter & Gamble Co. (P&G) au motif que les avis d'allégation de Genpharm étaient entachés d'un vice fatal. Le juge McKeown n'a pas évalué le bien-fondé de la demande. Il s'agit en l'espèce d'un appel de cette décision. Genpharm soutient que le juge McKeown a commis une erreur en arrivant à cette conclusion parce que la validité des avis d'allégation avait été reconnue antérieurement et était chose jugée (sur requête aux termes du paragraphe 6(7) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, le juge Pelletier avait ordonné la production de certains extraits de la présentation abrégée de drogue nouvelle (PADN) de Genpharm relative aux demandes d'avis de conformité) et, quoi qu'il en soit, les avis d'allégation sont valables et ne sont entachés d'aucun vice fatal.

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

L'argument touchant l'irrecevabilité est mal fondé. Il est exact que l'ordonnance de divulgation n'a pas été portée en appel. Mais puisqu'on interjette appel des ordonnances, non des motifs, P&G n'avait aucun motif d'interjeter appel de cette ordonnance. On n'a pas demandé au juge Pelletier de décider si l'ordonnance de production aurait pour effet de purger le vice de l'avis d'allégation. On ne peut dire que l'ordonnance qu'il a rendue empêchait P&G de soulever les vices des avis d'allégation devant le juge McKeown ou empêchait ce dernier de se prononcer sur la demande d'interdiction sur la base du vice des avis d'allégation. L'avis d'allégation n'est pas un document judiciaire et il n'est pas susceptible d'être amélioré par une ordonnance de la Cour. Aucune des fins du paragraphe 6(7) ne vise à purger le vice entachant un avis d'allégation.

Les avis d'allégations sont entachés d'un vice fatal. Le brevet de P&G a pour objet une nouvelle utilisation d'un médicament existant, l'etidronate ou l'etidronate disodique, dans une thérapie à cycles intermittents pour le traitement de l'ostéoporose, puisque son utilisation continue n'était pas particulièrement utile. Si elle entravait la résorption osseuse, elle empêchait également la formation osseuse, entraînant un risque de fractures spontanées. L'utilisation intermittente semble supprimer l'effet néfaste, produisant ainsi une augmentation nette de la masse osseuse. Pour faciliter la prise conformément au schéma posologique intermittent, les revendications 1 à 16 du brevet de P&G prévoient un kit contenant un nombre approprié de comprimés d'etidronate disodique pour un nombre spécifique de jours et un nombre approprié de doses quotidiennes d'un supplément nutritionnel ou d'un placebo pour un nombre spécifique de jours.

Selon l'argument de Genpharm, la fabrication, l'utilisation ou la vente de son produit d'etidronate disodique ne contreferaient pas le brevet de P&G puisqu'elle n'emballerait

would not be infringed by its making, constructing, using or selling its product. However, the requirement of Regulations, subparagraph 5(1)(b)(iv) that the generic producer “allege that . . . no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed” necessarily implies that the detailed statement must provide the legal and factual basis for the allegation that none of the patent claims will be infringed. Genpharm’s detailed statements only addressed the kit claims (1 to 16). They did not address the use claims (17 to 37). It thus failed to advance any facts in support of its allegations of non-infringement of claims 17 to 37. As a result, the Court could not find that Genpharm’s notices of allegation were justified. In the absence of such facts, pursuant to subsection 6(2), McKeown J. was obliged to make an order of prohibition and he did so.

Although it was not absolutely necessary to do so, for the purposes of the appeal, the Court decided to deal with the merits. The evidence satisfied the Court that Genpharm’s actions and intentions would lead inevitably to the use of its etidronate disodium product, Gen-etidronate, for the treatment of osteoporosis if it obtained the notices of compliance that it was seeking. Genpharm also argued that the Regulations contemplate infringement by the generic producer, not by patients who will be the ones who will use Genpharm’s product. However, that is not what paragraph 5(1)(b)(iv) says. The phrase “would be infringed” is not qualified. In the case of a use patent, if the generic producer sells its product and infringement results by patients using the product for a use protected in a patent, there will be infringement of the patent for the purposes of the Regulations. Furthermore, paragraph 55.2(4)(e) of the *Patent Act* provides that a regulation may be promulgated dealing with circumstances in which the issuance of a notice of compliance might result directly or indirectly in the infringement of a patent. Where infringement is by a patient in the case of a use patent, the issuance of the notice of compliance can be said to result in the infringement of the patent, if not directly, then at least indirectly. This interpretation is further supported by the definition of “claim for the use of the medicine” in section 2 of the Regulations. Use claims referred to in subparagraph 5(1)(b)(iv) contemplate use, not just by the generic producer, but by patients as well, and that infringement will result by patients using a medicine sold by a generic producer, even if there is no inducement or procurement by the generic producer. In the case of use claims, provided that the generic producer cannot establish that no claim for the use of the medicine would be infringed by patients or others by its selling of its product, it will not satisfy the justification test in subsection 6(2) of the Regulations and a prohibition order must be made. Here, the

pas son produit dans un kit en combinaison avec un autre ingrédient actif ou un supplément nutritionnel. Toutefois, l’exigence, au sous-alinéa 5(1)(b)(iv) du Règlement, que le fabricant de génériques inclue «une allégation portant [. . .] qu’aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l’utilisation du médicament ne seraient contrefaites» implique nécessairement que l’énoncé détaillé doit renfermer le droit et les faits sur lesquels se fonde l’allégation portant qu’aucune des revendications du brevet ne sera contrefaite. Les énoncés détaillés de Genpharm considèrent uniquement les revendications pour le kit (1 à 16). Ils ne considèrent pas les revendications pour l’utilisation (17 à 37). Elle n’a ainsi présenté aucun fait à l’appui de ses allégations de non-contrefaçon des revendications 17 à 37. Par conséquent, la Cour ne peut conclure que les avis d’allégation de Genpharm sont fondés. Vu l’absence de ces faits, le juge McKeown se devait, suivant le paragraphe 6(2), de rendre une ordonnance d’interdiction, ce qu’il a fait.

Il n’était pas absolument nécessaire que la Cour se prononce sur le fond du litige, mais elle a quand même décidé de le faire. Les éléments de preuve ont convaincu la Cour que les actes et les intentions de Genpharm mèneraient inévitablement à l’utilisation de son produit d’étidronate disodique, le Gen-étidronate, pour le traitement de l’ostéoporose si elle obtient les avis de conformité qu’elle demande. Genpharm soutient également que le Règlement vise la contrefaçon du fabricant de génériques, et non celle des patients qui sont ceux qui utiliseront son produit. Toutefois, ce n’est pas ce que dit le sous-alinéa 5(1)(b)(iv). Les mots «ne serai[t] contrefaite» ne sont pas suivis d’une restriction. Dans le cas d’un brevet d’utilisation, si la vente d’un produit du fabricant de génériques a pour effet la contrefaçon du brevet par des patients qui font de ce produit une utilisation protégée, il y aura contrefaçon du Règlement. En outre, l’alinéa 55.2(4)e de la *Loi sur les brevets* prévoit qu’un règlement peut être pris concernant les circonstances où la délivrance d’un avis de conformité peut avoir pour effet la contrefaçon de brevet. Lorsque la contrefaçon est celle d’un patient dans le cas d’un brevet pour l’utilisation, on peut considérer que la délivrance de l’avis de conformité a pour effet la contrefaçon du brevet, sinon directement, du moins indirectement. Cette interprétation est aussi étayée par la définition de «revendication pour l’utilisation du médicament» à l’article 2 du Règlement. Les revendications pour l’utilisation visées au sous-alinéa 5(1)(b)(iv) envisagent l’utilisation, non seulement par le fabricant de génériques, mais aussi par les patients, et il en résultera la contrefaçon par les patients qui utilisent un médicament vendu par un fabricant de génériques, même sans incitation de la part de ce fabricant. Dans le cas de revendications pour l’utilisation, dans la mesure où le fabricant de génériques ne peut établir qu’aucune revendication pour l’utilisation du médicament ne serait

evidence was overwhelming that it is not only probable, but inevitable, that Genpharm's Gen-etidronate product would, if notices of compliance issue, be used for the treatment of osteoporosis in the cyclical regimen that constitutes the invention under P&G's patent.

Accordingly, Genpharm's allegations of non-infringement were not justified and, on the merits, a prohibition order should be issued.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 55.2(4) (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4; 2001, c. 10, s. 2).

Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 2 "claim for the use of the medicine", 5(1)(b)(iv) (as am. by SOR/99-379, s. 2), (3)(a) (as am. *idem*), 6(2),(7) (as enacted by SOR/98-166, s. 5).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Bayer AG v. Canada (Minister of National Health and Welfare) (1995), 60 C.P.R. (3d) 129; 179 N.R. 122 (F.C.A.); *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2000), 7 C.P.R. (4th) 272; 256 N.R. 172 (F.C.A.); *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2001), 12 C.P.R. (4th) 447; 274 N.R. 297 (F.C.A.); *Zeneca Pharma Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 61 C.P.R. (3d) 538; 96 F.T.R. 189 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. v. Canada (Minister of Health), [2000] F.C.J. No. 511 (T.D.) (QL).

REFERRED TO:

Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development), [2001] 4 F.C. 451; (2001), 201 D.L.R. (4th) 35; [2001] 3 C.N.L.R. 72; 6 C.P.C. (5th) 1; 274 N.R. 304 (C.A.); *Gronnerud (Litigation Guardians of) v. Gronnerud Estate* (2002), 211 D.L.R. (4th) 673; 287 N.R. 1 (S.C.C.); *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*

contrefaite par des patients ou d'autres personnes par la vente de son produit, il ne satisfera pas au critère du bien-fondé de l'allégation énoncé au paragraphe 6(2) du Règlement et une ordonnance d'interdiction doit être rendue. La preuve établit de façon écrasante qu'il est non seulement probable mais inévitable que le produit Gen-etidronate de Genpharm soit, en cas de délivrance des avis de conformité, utilisé pour le traitement de l'ostéoporose selon le schéma posologique cyclique qui constitue l'invention suivant le brevet de P&G.

Il s'ensuit que les allégations de non-contrefaçon de Genpharm ne sont pas fondées, et qu'il convient, sur le fond du litige, de rendre une ordonnance d'interdiction.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 55.2(4) (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4; 2001, ch. 10, art. 2).

Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 2 «revendication pour l'utilisation du médicament», 5(1)(b)(iv) (mod. par DORS/99-379, art. 2), (3)(a) (mod., *idem*), 6(2),(7) (édicte par DORS/98-166, art. 5).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

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.); *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.); *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (2001), 12 C.P.R. (4th) 447; 274 N.R. 297 (C.A.F.); *Zeneca Pharma Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 61 C.P.R. (3d) 538; 96 F.T.R. 189 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Cie pharmaceutique Procter & Gamble Canada c. Canada (Ministre de la Santé), [2000] A.C.F. n° 511 (1^{re} inst.) (QL).

DÉCISIONS CITÉES:

Bande indienne de Blueberry River c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien), [2001] 4 C.F. 451; (2001), 201 D.L.R. (4th) 35; [2001] 3 C.N.L.R. 72; 6 C.P.C. (5th) 1; 274 N.R. 304 (C.A.); *Gronnerud (Tuteurs à l'instance de) c. Gronnerud, succession* (2002), 211 D.L.R. (4th) 673; 287 N.R. 1 (C.S.C.); *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être*

(2001), 16 C.P.R. (4th) 21 (F.C.T.D.); *Dableh v. Ontario Hydro*, [1996] 3 F.C. 751; (1996), 68 C.P.R. (3d) 129; 199 N.R. 57 (C.A.).

APPEAL from a Trial Division order (*Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. v. Canada (Minister of Health)*, (2001), 15 C.P.R. (4th) 496) prohibiting the Minister of Health from issuing notices of compliance to the appellant for its product Gen-etidronate until after the expiration of Procter & Gamble's patent. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Roger T. Hughes, Q.C. and *Kamleh J. Nicola* for appellant.
No one appearing for respondent the Minister of Health.

Ronald E. Dimock and *Sheila R. Block* for respondent Procter & Gamble.

SOLICITORS OF RECORD:

Sim, Hughes, Ashton & McKay LLP, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent the Minister of Health.
Dimock Stratton Clarizio LLP, Toronto, for respondent Procter & Gamble.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ROTHSTEIN J.A.:

INTRODUCTION

[1] This is an appeal of the order of McKeown J. dated October 23, 2001, (now reported at (2001), 15 C.P.R. (4th) 496) allowing the prohibition application of Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. and The Procter & Gamble Company (P&G) under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, as amended by SOR/98-166 and SOR/99-379. The order of prohibition prevented the Minister of Health from issuing notices of compliance to Genpharm Inc. (Genpharm) for its 200 mg and 400 mg tablets of its product Gen-etidronate, which contains the drug etidronate disodium, until after the expiration

social) (2001), 16 C.P.R. (4th) 21 (C.F.1^{re} nst.); *Dableh c. Ontario Hydro*, [1996] 3 C.F. 751; (1996), 68 C.P.R. (3d) 129; 199 N.R. 57 (C.A.).

APPEL de l'ordonnance de la Section de première instance (*Cie pharmaceutique Procter & Gamble Canada c. Canada (Ministre de la Santé)*, (2001), 15 C.P.R. (4th) 496) interdisant au ministre de délivrer des avis de conformité à l'appelante pour son produit Gen-étidronate avant l'expiration du brevet de Procter & Gamble. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Roger T. Hughes, c.r., et *Kamleh J. Nicola* pour l'appelante.
Personne n'a comparu pour l'intimé, le ministre de la Santé.

Ronald E. Dimock et *Sheila R. Block* pour l'intimée Procter & Gamble.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Sim, Hughes, Ashton & McKay, LLP, Toronto, pour l'appelante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé le ministre de la Santé.
Dimock Stratton Clarizio, LLP., Toronto, pour l'intimée Procter & Gamble.

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

LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.:

INTRODUCTION

[1] Il s'agit de l'appel de l'ordonnance du juge McKeown en date du 23 octobre 2001 (maintenant publiée à (2001), 15 C.P.R. (4th) 496) qui a accueilli la demande d'interdiction présentée par la Compagnie Pharmaceutique Procter & Gamble Canada Inc. et Procter & Gamble Company (P&G) en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, modifié par DORS/98-166 et DORS/99-379. Cette ordonnance a interdit au ministre de la Santé de délivrer des avis de conformité à Genpharm Inc. (Genpharm) pour son produit Gen-étidronate sous forme de comprimés renfermant

of P&G's patent 1338376 (the '376 patent).

[2] McKeown J. found that Genpharm's notices of allegation were fatally flawed and granted the order of prohibition on that basis alone. He did not consider it necessary to go on and assess the merits of the application.

ISSUES

[3] In this Court, Genpharm makes two submissions regarding the adequacy of its notices of allegation. It argues that McKeown J. erred in concluding that the notices of allegation were fatally flawed because:

1. the adequacy of the notices of allegation had been previously decided and the matter was *res judicata*; and
2. in any event, the notices of allegation were sufficient and not fatally flawed.

[4] Genpharm then submits that, on the merits of the prohibition application, its notices of allegation alleging non-infringement of the '376 patent were justified and that the order of prohibition should not have been granted.

Res Judicata

[5] I turn first to the *res judicata* argument. The species of *res judicata* being argued by Genpharm is issue estoppel. In the course of the prohibition application proceedings, on a motion by P&G under subsection 6(7) [as enacted by SOR/98-166, s. 5] of the Regulations, Pelletier J. (as he then was) [*Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2000] F.C.J. No. 511 (T.D.) (QL)] ordered that certain portions of Genpharm's abbreviated new drug submission (ANDS) for notices of compliance for its 200 mg and 400 mg Gen-étidronate tablets be produced to P&G. Subsection 6(7) provides in relevant part:

6. (1) . . .

(7) On the motion of a first person [P&G], the court may, at any time during a proceeding,

200 mg et 400 mg d'étidronate disodique, avant l'expiration du brevet 1338376 de P&G (le brevet '376).

[2] Le juge McKeown a conclu que les avis d'allégation de Genpharm étaient entachés d'un vice fatal et il a rendu l'ordonnance d'interdiction sur ce seul motif. Il a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'aller plus loin et d'évaluer le bien-fondé de la demande.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[3] Devant cette Cour, Genpharm fait deux observations en ce qui concerne la validité de ses avis d'allégation. Elle allègue que le juge McKeown a commis une erreur en concluant que les avis d'allégation étaient frappés d'un vice fatal parce que:

1. la validité des avis d'allégation avait été reconnue antérieurement et était chose jugée; et
2. quoi qu'il en soit, les avis d'allégation étaient valables et n'étaient entachés d'aucun vice fatal.

[4] En ce qui concerne le fond de la demande d'interdiction, Genpharm soutient ensuite que ses avis d'allégation alléguant la non-contrefaçon du brevet '376 étaient fondés et que l'ordonnance d'interdiction n'aurait pas dû être rendue.

Autorité de la chose jugée

[5] En ce qui a trait d'abord à l'autorité de la chose jugée, la notion qu'invoque Genpharm est l'irrecevabilité. Dans le cadre de l'instance en interdiction, sur requête de P&G aux termes du paragraphe 6(7) [édicte par DORS/98-166, art. 5] du Règlement, le juge Pelletier (tel était alors son titre) [*Cie pharmaceutique Procter & Gamble Canada c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2000] A.C.F. n° 511 (1^{re} inst.) (QL)] a ordonné la production de certains extraits de la présentation abrégée de drogue nouvelle (PADN) de Genpharm relative aux demandes d'avis de conformité pour les comprimés de 200 mg et 400 mg de Gen-étidronate. L'extrait pertinent du paragraphe 6(7) est ainsi conçu:

6.(1) [. . .]

(7) Sur requête de la première personne [P&G], le tribunal peut, au cours de l'instance:

(a) order a second person [Genpharm] to produce any portion of the submission for a notice of compliance filed by the second person

a) ordonner à la seconde personne [Genpharm] de produire les extraits pertinents de la demande d'avis de conformité qu'elle a déposée [. . .]

[6] Genpharm says that whatever defect there may have been in its notices of allegation, Pelletier J. found that making a disclosure order under subsection 6(7) would remedy the defect and it was not open to McKeown J. to re-decide that issue and find that the notices of allegation were still defective. In his reasons of April 17, 2000, Pelletier J. stated at paragraph 8:

[6] Genpharm dit que, quel qu'ait pu être le vice de ses avis d'allégation, le juge Pelletier a conclu que le prononcé d'une ordonnance de divulgation aux termes du paragraphe 6(7) remédierait au défaut et que le juge McKeown ne pouvait trancher de nouveau cette question et conclure que les avis d'allégation étaient toujours viciés. Dans ses motifs du 17 avril 2000, le juge Pelletier a dit au paragraphe 8:

In my view, the Notice of Allegation served by Genpharm does not adequately address the claims in the patent and would not enable P&G to address the issue of infringement adequately. This disclosure required to remedy the defect is disclosure of the following portions of the Master Volume

Selon moi, l'avis d'allégation signifié par Genpharm ne traite pas de façon adéquate des revendications du brevet et ne permettraient pas à P&G d'aborder pertinemment la question de la contrefaçon. La divulgation requise pour remédier à ce défaut est la divulgation des extraits suivants du volume principal.

Genpharm says that the order of Pelletier J. was not appealed and his decision that the defect in the notices of allegation is *res judicata*, or more precisely, is subject to the doctrine of issue estoppel.

Genpharm dit que l'ordonnance du juge Pelletier n'ayant pas été portée en appel, sa décision concernant la façon de remédier au vice des avis d'allégation a l'autorité de la chose jugée ou, plus précisément, permet d'opposer l'irrecevabilité.

[7] It is correct that the order of Pelletier J. was not appealed. However, that order only required disclosure of portions of Genpharm's ANDS. What Genpharm is really arguing is that there was no appeal taken from Pelletier J.'s reasons, because it is the reasons, and not the order, which suggest that the disclosure he was ordering would remedy any defect in the notices of allegation. It is trite law that appeals are taken from orders not from reasons. Here, the order was for disclosure, which is what P&G sought and was granted. P&G had no reason to appeal that order.

[7] Il est exact que l'ordonnance du juge Pelletier n'a pas été portée en appel. Toutefois, cette ordonnance n'exigeait que la divulgation d'extraits de la PADN de Genpharm. Ce que Genpharm allègue en réalité, c'est qu'il n'y a pas eu d'appel des motifs du juge Pelletier, parce que ce sont les motifs, et non l'ordonnance, qui indiquent que la divulgation qu'il ordonnait remédierait à tout vice des avis d'allégation. Un principe élémentaire du droit veut qu'on interjette appel des ordonnances, non des motifs. En l'espèce, l'ordonnance visait la divulgation, ce que P&G demandait et a obtenu. P&G n'avait aucun motif d'interjeter appel de cette ordonnance.

[8] I do not say that it is not permissible to have regard to reasons to determine what an order actually decided. See *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [2001] 4 F.C. 451 (C.A.), at paragraph 38. But the reasons of Pelletier J. in this case merely confirm that the issue of curing a defective notice of allegation was not raised before him. The only issue decided by Pelletier J. was whether to order production

[8] Je ne dis pas qu'il n'est pas permis de considérer les motifs pour déterminer l'objet réel d'une ordonnance. Voir *Bande indienne de Blueberry River c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [2001] 4 C.F. 451 (C.A.), au paragraphe 38. Mais les motifs du juge Pelletier en l'espèce ne font que confirmer que la question du remède à un avis d'allégation vicié n'a pas été soulevée devant lui. La seule question qu'il a tranchée était de savoir s'il allait

of portions of Genpharm's ANDS to P&G on an application by P&G for its own benefit. He was not asked to determine whether ordering production would perfect a defective notice of allegation. The order he made cannot be said to have estopped P&G from raising defects in the notices of allegation before McKeown J. or to have precluded McKeown J. from deciding the prohibition application on the basis of defectiveness in the notices of allegation.

[9] In any event, a notice of allegation is not a court document and it is not subject to being perfected by court order. In *Bayer AG v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 60 C.P.R. (3d) 129 (F.C.A.), at page 134, Strayer J.A. stated:

This clearly means that the Court has no jurisdiction to make orders concerning the filing of notices of allegation or requiring them to be perfected in some way.

In *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2001), 7 C.P.R. (4th) 272 (F.C.A.), Stone J.A. stated, at paragraph 23:

The intent appears to be that the entire factual basis be set forth in the statement rather than be revealed piecemeal when some need happens to arise in a section 6 proceeding.

In *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2001), 12 C.P.R. (4th) 447 (F.C.A.), Stone J.A. stated, at paragraph 19:

. . . the authorities in this Court are to the clear effect that a second person must not, in a s. 6 proceeding, rely on facts that exceed those laid out in the detailed statement.

[10] Because a defective notice of allegation cannot be cured by court order, an order under subsection 6(7) cannot be said to have that effect. An order under subsection 6(7) is for the benefit of the patentee—to enable it to decide whether to continue with a prohibition application or assist it in attacking the generic producer's allegation of non-infringement. It may have other uses. However, none of these purposes include curing a defective notice of allegation.

ordonner, à la demande de P&G, la divulgation partielle de la PADN de Genpharm au profit de P&G. On ne lui a pas demandé de décider si l'ordonnance de production aurait pour effet de purger le vice de l'avis d'allégation. On ne peut dire que l'ordonnance qu'il a rendue empêchait P&G de soulever les vices des avis d'allégation devant le juge McKeown ou empêchait ce dernier de se prononcer sur la demande d'interdiction sur la base du vice des avis d'allégation.

[9] Quoi qu'il en soit, l'avis d'allégation n'est pas un document judiciaire et il n'est pas susceptible d'être amélioré par une ordonnance de la Cour. Dans *Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 60 C.P.R. (3d) 129 (C.A.F.), à la page 134, le juge Strayer, J.C.A. a dit:

Cela veut dire, à l'évidence, que la Cour n'a pas la compétence nécessaire pour rendre des ordonnances touchant le dépôt des avis d'allégation ou pour exiger que ces avis soient améliorés à tel ou tel égard.

Dans *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (2000), 7 C.P.R. (4th) 272 (C.A.F.), le juge Stone, J.C.A., a dit au paragraphe 23:

L'intention serait plutôt que tous les faits sur lesquels on se fonde devraient figurer dans l'énoncé et non pas être révélés pièce à pièce au moment où on en sent le besoin dans le cadre d'une instance relative à la demande visée à l'article 6.

Dans *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (2001), 12 C.P.R. (4th) 447 (C.A.F.), le juge Stone, J.C.A., a dit au paragraphe 19:

[. . .] les décisions de notre Cour indiquent clairement que la seconde personne ne doit pas, dans le cadre d'une instance introduite en vertu de l'article 6, se fonder sur des faits qui vont au-delà de ceux précisés dans l'énoncé détaillé.

[10] Du fait qu'une ordonnance de la Cour ne peut remédier à un avis d'allégation vicié, on ne peut dire qu'une ordonnance en vertu du paragraphe 6(7) a cet effet. L'ordonnance rendue sous le régime de cette disposition l'est au profit du titulaire de brevet, pour lui permettre de décider de poursuivre ou non la demande d'interdiction ou pour l'aider à contester l'allégation de non-contrefaçon du fabricant de génériques. Elle peut avoir d'autres emplois. Toutefois, aucune de ces fins ne vise à purger le vice entachant un avis d'allégation.

[11] I conclude that the issue estoppel argument is not well founded.

Were the Notices of Allegation Fatally Flawed?

The P&G Patent

[12] P&G's '376 patent is a patent for a new way of using an existing drug. The existing drug is a polyphosphonate, specifically, etidronate or etidronate disodium. The new way of using it is in intermittent cycles in the treatment of osteoporosis.

[13] According to the background of the invention in the patent, in a healthy adult, bone is lost and replaced in such a manner that bone resorption and bone formation is in balance. In osteoporotics, bone is lost at a rate faster than it is being replaced.

[14] The use of polyphosphonates to inhibit bone loss was well known. However, its continuous use in a chronic condition such as osteoporosis was not found to be particularly useful. This is because, while its use tended to inhibit bone loss, it also inhibited bone formation. Further, long-term chronic inhibition of bone loss and bone formation was thought to lead to the development of spontaneous bone fractures.

[15] The invention of the '376 patent is a new way of using polyphosphonates in the treatment of osteoporosis. If certain polyphosphonates are given, in a limited amount, according to a specific regimen of intermittent, rather than chronic dosing, bone loss can be inhibited and bone mass can be increased. The intermittent use of the polyphosphonate appears to uncouple bone loss and bone formation by selectively inhibiting the loss or resorption phase without adversely affecting the formation phase and thus, producing a net increase in bone mass.

[16] This new way of using a polyphosphonate in the treatment of osteoporosis is described in claims 17 to 37

[11] Je conclus que l'argument touchant l'irrecevabilité est mal fondé.

Les avis d'allégation étaient-ils entachés d'un vice fatal ?

Le brevet P&G

[12] Le brevet '376 de P&G a pour objet une nouvelle utilisation d'un médicament existant. Ce médicament est un polyphosphonate, précisément l'étidronate ou l'étidronate disodique. La nouveauté est son utilisation dans une thérapie à cycles intermittents pour le traitement de l'ostéoporose.

[13] Selon les données de base de l'invention dans le brevet, chez un adulte en santé, il y a perte et remplacement de la masse osseuse de telle façon que la résorption osseuse et la formation osseuse soient en équilibre. Chez les personnes ostéoporotiques, la masse osseuse est perdue plus rapidement qu'elle n'est remplacée.

[14] L'utilisation de polyphosphonates pour inhiber la résorption osseuse est bien connue. Toutefois, on a découvert que son utilisation continue dans une maladie chronique comme l'ostéoporose n'était pas particulièrement utile puisque si elle entravait la résorption osseuse, elle empêchait également la formation osseuse. De plus, l'inhibition chronique à long terme de la résorption osseuse et de la formation osseuse semblait entraîner des fractures spontanées.

[15] L'invention visée par le brevet '376 constitue une nouvelle façon d'utiliser des polyphosphonates pour le traitement de l'ostéoporose. Si l'on administre certains polyphosphonates, en quantité limitée, selon un schéma posologique spécifique et intermittent plutôt que chronique, il est possible d'inhiber la résorption osseuse et d'augmenter la masse osseuse. L'utilisation intermittente du polyphosphonate semble découpler la résorption osseuse et la formation osseuse en inhibant sélectivement la phase de perte ou de résorption sans gêner la phase de formation, produisant ainsi une augmentation nette de la masse osseuse.

[16] Cette nouvelle façon d'utiliser un polyphosphonate pour le traitement de l'ostéoporose est

of the patent. Claim 17, which is the most general use claim, provides:

17. Use of a bone resorption inhibiting polyphosphonate for the treatment or prevention of osteoporosis in humans or lower animals afflicted with or at risk to osteoporosis, wherein the polyphosphonate is used in two or more cycles including use for about 1 day to 90 days followed by a rest period from about 50 days to 120 days.

[17] In addition, to facilitate compliance with the intermittent regimen, claims 1 to 16 of the '376 patent provide for a kit which contains an appropriate number of tablets of etidronate disodium for a specified number of days and an appropriate number of daily doses of a nutrient supplement or placebo for a specified number of days.

Genpharm's Notices of Allegation

[18] Genpharm's notices of allegation characterize the invention in the '376 patent as a pharmaceutical regimen consisting of a kit containing etidronate or etidronate disodium and a nutrient supplement. Genpharm says it will not package its etidronate disodium product in a kit in combination with any other active ingredient or nutrient supplement. Therefore, Genpharm says the '376 patent would not be infringed by its making, constructing, using or selling its etidronate disodium product. Its detailed statement of fact and law in its notices of allegation states:

Canadian Patent No. 1338376 (the '376 patent) is directed to a pharmaceutical regimen used in the treatment of osteoporosis. The regimen consists of a kit containing etidronate or its pharmaceutical accepted salts (i.e. etidronate disodium) and a nutrient supplement (i.e. calcium bicarbonate). Genpharm's product will not be packaged as a kit in combination with any other active ingredient or nutrient supplement. Genpharm is seeking approval for a product containing etidronate disodium as the only active ingredient. Therefore, the medicine [*sic*] would not be infringed by the making, constructing, using or selling by Genpharm of the drug for which the submission for Notice of Compliance is filed.

décrite dans les revendications 17 à 37 du brevet. La revendication 17, qui est la revendication pour l'utilisation la plus générale, prévoit:

[TRADUCTION] 17. Utilisation d'un polyphosphonate inhibant la résorption osseuse dans le traitement ou la prévention de l'ostéoporose chez les humains ou les animaux inférieurs qui sont atteints d'ostéoporose ou qui risquent de l'être, dans laquelle le polyphosphonate est utilisé en deux cycles ou plus incluant une période allant de 1 à 90 jours environ, suivie d'une période de repos allant de 50 à 120 jours environ.

[17] De plus, pour faciliter la prise conformément au schéma posologique intermittent, les revendications 1 à 16 du brevet '376 prévoient un kit contenant un nombre approprié de comprimés d'etidronate disodique pour un nombre spécifique de jours et un nombre approprié de doses quotidiennes d'un supplément nutritionnel ou d'un placebo pour un nombre spécifique de jours.

Les avis d'allégation de Genpharm

[18] Les avis d'allégation de Genpharm caractérisent l'invention protégée par le brevet '376 comme une méthode de traitement pharmaceutique qui consiste en un kit comprenant de l'etidronate ou de l'etidronate disodique et un supplément nutritionnel. Genpharm dit qu'elle n'emballera pas son produit d'etidronate disodique dans un kit en combinaison avec un autre ingrédient actif ou un supplément nutritionnel. Par conséquent, elle soutient que la fabrication, l'utilisation ou la vente de son produit d'etidronate disodique ne contreferait pas le brevet '376. L'allégation suivante figure dans l'énoncé détaillé du droit et des faits qu'elle a joint à ses avis d'allégation:

[TRADUCTION] Le brevet canadien no 1338376 (le brevet '376) porte sur un schéma posologique utilisé dans le traitement de l'ostéoporose. Ce schéma fait appel à un kit comprenant de l'etidronate ou ses sels pharmaceutiques (c.-à-d. l'etidronate disodique) et un supplément nutritionnel (c.-à-d. le bicarbonate de calcium). Le produit de Genpharm ne sera pas emballé comme un kit à utiliser avec un autre ingrédient actif ou un supplément nutritionnel. Genpharm veut faire approuver un produit dont le seul élément actif est l'etidronate disodique. Par conséquent, la fabrication, la construction, l'utilisation ou la vente par Genpharm du médicament à l'égard duquel elle a déposé la demande d'avis de conformité ne contrefait pas le brevet.

Analysis of Whether the Notices of Allegation
are Fatally Flawed

[19] As McKeown J. found, Genpharm is trying to subsume the use claims in the '376 patent into the kit claims in order to say that Genpharm will not be infringing the patent because its product will not be packaged in a kit. However, this is a mischaracterization of the claims in the patent. The use claims describe a new way of using a polyphosphonate in the treatment of osteoporosis—the intermittent, cyclical use of a polyphosphonate, i.e. etidronate disodium, in the treatment of osteoporosis. The kit claims describe a way to facilitate compliance with the intermittent, cyclical therapy.

[20] Subparagraph 5(1)(b)(iv) [as am. by SOR/99-379, s. 2] and paragraph 5(3)(a) [as am. *idem*] of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* provide:

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,

...
(b) allege that

...
(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.

...
(3) Where a person makes an allegation pursuant to paragraph (1)(b) . . . , the person shall

(a) provide a detailed statement of the legal and factual basis for the allegation; . . .

Analyse visant à déterminer si les avis
d'allégation présentent un vice fatal

[19] Selon les conclusions du juge McKeown, Genpharm tente d'intégrer, pour le brevet '376, les revendications relatives à l'utilisation aux revendications relatives au kit pour pouvoir dire qu'elle ne contrefera pas le brevet parce que son produit ne sera pas emballé en kit. C'est là toutefois une caractérisation erronée des revendications du brevet. Les revendications pour l'utilisation décrivent une nouvelle façon d'utiliser un polyphosphonate dans le traitement de l'ostéoporose, soit l'utilisation intermittente, cyclique d'un polyphosphonate, soit l'etidronate disodique. Les revendications pour le kit décrivent une façon de faciliter la prise conformément à la thérapie cyclique intermittente.

[20] Le sous-alinéa 5(1)(b)(iv) [mod. par DORS/99-379, art. 2] et l'alinéa 5(3)(a) [mod., *idem*] du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* prévoient:

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:

[. . .]
b) soit une allégation portant que, selon le cas:

[. . .]
(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.

[. . .]
(3) Lorsqu'une personne fait une allégation visée aux alinéas (1)(b) [. . .], elle doit:

a) fournir un énoncé détaillé du droit et des faits sur lesquels elle se fonde;

[21] Genpharm's notices of allegation do contain an allegation that the '376 patent "would not be infringed by its making, constructing, using or selling by Genpharm of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed". These words track the words of subparagraph 5(1)(b)(iv). Further, its notices of allegation do contain what purport to be detailed statements of the legal and factual basis for its allegations. On their face, they would appear to comply with the Regulations.

[22] However, the notices of allegation and the detailed statement of legal and factual basis for the allegation must provide all the facts the generic producer intends to rely upon in subsequent prohibition proceedings. It cannot rely on facts that exceed those laid out in its detailed statement. See *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2001), 12 C.P.R. (4th) 447 (C.A.), at paragraph 19, *per* Stone J.A.

[23] The requirement of subparagraph 5(1)(b)(iv) that the generic producer "allege that . . . no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed" necessarily implies that the detailed statement must provide the legal and factual basis for the allegation that none of the patent claims will be infringed.

[24] I do not say that it is necessary for the generic producer to address each and every dependent patent claim if the basic claim or claims that describe the invention are addressed in the detailed statement. However, it is not open to the generic producer to ignore patent claims that describe the basic invention. If it does so, it will not be providing facts demonstrating that "no claim for the use of the medicine would be infringed", and its notice of allegation will be defective and not in compliance with section 5.

[25] Genpharm's detailed statements do not demonstrate that no claim for the use of a polyphosphonate, i.e. etidronate disodium, in an intermittent, cyclical regimen for the treatment of

[21] Les avis d'allégations de Genpharm allèguent bel et bien que le brevet '376 ne serait pas contrefait [TRADUCTION] «advenant l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par Genpharm de la drogue faisant l'objet de la demande d'avis de conformité», reprenant ainsi le libellé du sous-alinéa 5(1)(b)(iv). De plus, ses avis d'allégation renferment bel et bien ce qui semble être des énoncés détaillés du droit et des faits sur lesquels ils se fondent. À première vue, ils sembleraient conformes au Règlement.

[22] Toutefois, les avis d'allégation et l'énoncé détaillé du droit et des faits sur lesquels ils se fondent doivent fournir tous les faits que le fabricant de génériques entend invoquer dans d'éventuelles procédures en interdiction. Il ne peut invoquer d'autres faits que ceux décrits dans son énoncé détaillé. Voir *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (2001), 12 C.P.R. (4th) 447 (C.A.), au paragraphe 19, le juge Stone, J.C.A.

[23] L'exigence, au sous-alinéa 5(1)(b)(iv), que le fabricant de génériques inclue «une allégation portant [... qu]'aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites» implique nécessairement que l'énoncé détaillé doit renfermer le droit et les faits sur lesquels se fonde l'allégation portant qu'aucune des revendications du brevet ne sera contrefaite.

[24] Je ne dis pas qu'il est nécessaire que le fabricant de génériques considère chacune des revendications dépendantes du brevet si la ou les revendications de base qui décrivent l'invention sont considérées dans l'énoncé détaillé. Toutefois, le fabricant de génériques ne peut passer sous silence les revendications qui décrivent l'invention fondamentale. S'il le fait, il ne fournira pas les faits démontrant qu'«aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne serait contrefaite», et son avis d'allégation sera entaché d'un vice et ne sera pas conforme à l'article 5.

[25] Les énoncés détaillés de Genpharm ne démontrent pas qu'aucune revendication pour l'utilisation d'un polyphosphonate, c'est-à-dire l'étidronate disodique, dans un schéma posologique

osteoporosis, which is the new use for etidronate disodium invented by P&G, would be infringed by Genpharm making, constructing, using or selling its etidronate disodium product. The detailed statements only address the kit claims, i.e. claims 1 to 16. They do not address the use claims, i.e. claims 17 to 37. They do not say that Genpharm's product cannot be used in an intermittent, cyclical therapy for the treatment of osteoporosis. Therefore, the detailed statements in the notices of allegation ignore the use claims in the '376 patent.

[26] Subsection 6(2) of the Regulations provides:

6. (1) . . .

(2) The court shall make an [prohibition] order pursuant to subsection (1) in respect of a patent that is the subject of one or more allegations if it finds that none of those allegations is justified.

In this case, Genpharm alleged that the '376 patent would not be infringed by its making, constructing, using or selling its etidronate disodium product. However, Genpharm has not provided facts in its detailed statements that address the use claims in the '376 patent. In failing to do so, it has not advanced any facts to support its allegations of non-infringement of claims 17 to 37. As a result, the Court cannot find that Genpharm's notices of allegation are justified. In the absence of such facts, pursuant to subsection 6(2), McKeown J. was obliged to make an order of prohibition and he did so.

The Merits

Introduction

[27] Because an order of prohibition had to be made for the reasons stated above, it is not absolutely necessary, for purposes of the appeal, to deal with the merits. However, a prohibition order based on a procedural defect might leave open the possibility that Genpharm may serve another notice of allegation that is not procedurally defective, another prohibition

intermittent et cyclique pour le traitement de l'ostéoporose, qui est la nouvelle utilisation de l'etidronate disodique inventée par P&G, ne serait contrefaite advenant la fabrication, la construction, l'utilisation ou la vente par Genpharm de son produit d'etidronate disodique. Les énoncés détaillés considèrent uniquement les revendications pour le kit, soit les revendications 1 à 16. Ils ne considèrent pas les revendications pour l'utilisation, soit les revendications 17 à 37. Ils ne disent pas que le produit de Genpharm ne peut être utilisé dans une thérapie à cycles intermittents pour le traitement de l'ostéoporose. Les énoncés détaillés joints aux avis d'allégation ne tiennent pas compte des revendications pour l'utilisation dans le brevet '376.

[26] Le paragraphe 6(2) du Règlement prévoit:

6. (1) [. . .]

(2) Le tribunal rend une ordonnance [d'interdiction] en vertu du paragraphe (1) à l'égard du brevet visé par une ou plusieurs allégations si elle conclut qu'aucune des allégations n'est fondée.

En l'espèce, Genpharm a prétendu que le brevet '376 ne serait pas contrefait advenant la fabrication, la construction, l'utilisation ou la vente par elle de son produit d'etidronate disodique. Genpharm n'a toutefois pas, dans son énoncé détaillé, fourni de faits traitant des revendications pour l'utilisation contenues dans le brevet '376. Elle n'a ainsi présenté aucun fait à l'appui de ses allégations de non-contrefaçon des revendications 17 à 37. Par conséquent, la Cour ne peut conclure que les avis d'allégation de Genpharm sont fondés. Vu l'absence de ces faits, le juge McKeown se devait, suivant le paragraphe 6(2), de rendre une ordonnance d'interdiction, ce qu'il a fait.

Le fond du litige

Introduction

[27] Étant donné qu'une ordonnance d'interdiction devait être rendue pour les motifs indiqués précédemment, il n'est pas absolument nécessaire, pour les fins de l'appel, de se prononcer sur le fond du litige. Toutefois, une ordonnance d'interdiction fondée sur un vice de procédure pourrait peut-être amener Genpharm à signifier un autre avis d'allégation qui ne soit pas

application may be commenced by P&G and the matter decided on the merits in that proceeding. I do not need to decide whether a second notice of allegation would have any useful purpose in this case. It is sufficient to say that the Court is in a position to preclude unnecessary litigation by dealing with the merits on this appeal. The merits were addressed by the parties in their affidavits and cross-examinations and in argument before this Court. This Court is in a position to deal with the merits and I proceed to do so now.

[28] As the Motions Judge disposed of the matter solely on the basis of procedure, there are no reasons on the merits. In these circumstances, it is necessary for this Court to conduct a *de novo* assessment. See *Gronnerud (Litigation Guardians of) v. Gronnerud Estate* (2002), 211 D.L.R. (4th) 673 (S.C.C.), at paragraph 33, *per* Major J.

The Evidence

[29] Etidronate disodium had been used for treating two relatively rare diseases, Paget's disease and hypercalcemia of malignancy. P&G's product for these diseases is called Didronel.

[30] The invention in P&G's '376 patent includes the use of etidronate disodium in intermittent cycles for the treatment of osteoporosis. P&G calls this product Didrocal.

[31] P&G submits that its patent claims in the '376 patent for the use, in intermittent cycles, of a polyphosphonate, i.e. etidronate disodium, for the treatment of osteoporosis would be infringed by Genpharm selling Gen-etidronate, its etidronate disodium product. P&G relies on the following evidence in support of this submission.

1. Genpharm uses blister packed strips of 14 Gen-etidronate tablets containing etidronate disodium, consistent with the intermittent, cyclical regimen for the treatment of osteoporosis described in the '376 patent. This is the same packaging used by P&G for its Didrocal product.

entaché d'un tel vice, P&G pourrait présenter une autre demande d'interdiction et la question serait alors décidée au fond. Je n'ai pas à décider si un deuxième avis d'allégation aurait une utilité quelconque en l'espèce. Il suffit de dire que la Cour est en mesure de prévenir un litige inutile en examinant le présent appel au fond. Les parties ayant abordé le fond de l'affaire dans leurs affidavits et contre-interrogatoires ainsi que dans leur plaidoirie devant la présente Cour, celle-ci est en mesure d'examiner l'affaire au fond, ce que je m'empresse de faire.

[28] Comme le juge saisi de la requête a disposé de la question uniquement sur le fondement de la procédure, il n'y a pas de motifs sur le fond. Dans ces circonstances, il est nécessaire que la présente Cour procède à une évaluation *de novo*. Voir *Gronnerud (Tuteurs à l'instance de) c. Gronnerud, succession* (2002), 211 D.L.R. (4th) 673 (C.S.C.), au paragraphe 33, le juge Major.

La preuve

[29] L'étidronate disodique avait été utilisé pour le traitement de deux maladies relativement rares, la maladie de Paget et l'hypercalcémie de malignité. Le produit de P&G pour traiter ces maladies est le Didronel.

[30] L'invention faisant l'objet du brevet '376 de P&G comprend l'utilisation d'étidronate disodique en cycles intermittents pour le traitement de l'ostéoporose. Ce produit de P&G est le Didrocal.

[31] P&G prétend que ses revendications du brevet '376 pour l'utilisation en cycles intermittents d'un polyphosphonate, à savoir l'étidronate disodique, pour le traitement de l'ostéoporose, seraient contrefaites advenant la vente par Genpharm de son produit d'étidronate disodique. P&G invoque les éléments de preuve suivants à l'appui de cette prétention.

1. Genpharm utilise 14 comprimés de Gen-étidronate contenant de l'étidronate disodique, emballés sous alvéoles thermoformées et présentés en bandes, ce qui correspond au traitement intermittent et cyclique de l'ostéoporose décrit dans le brevet '376. C'est le même emballage que celui utilisé par P&G pour son produit Didrocal.

2. Genpharm proposes to sell its Gen-etidronate product both in 200 mg and 400 mg tablets, although P&G's Didronel, the equivalent in the market for Paget's disease and hypercalcemia of malignancy, is only available in a 200 mg size. The 400 mg size is the same as P&G's Didrocal product for the treatment of osteoporosis. If Genpharm only wished to make its product available for Paget's disease and hypercalcemia of malignancy, it should only be proposing to sell its product in the 200 mg size.

3. In its product monograph for its Didronel product, P&G warns against use of its Didronel or Didrocal products for osteoporosis without following the intermittent, cyclical therapy. By contrast, in its product monograph for its Gen-etidronate, Genpharm does not include any precaution against using the product for the treatment of osteoporosis.

4. Genpharm has included studies in its product monograph that compare the bioavailability of its product to the bioavailability of the etidronate disodium from Didrocal, P&G's osteoporosis product, rather than from Didronel, P&G's Paget's disease and hypercalcemia of malignancy product.

5. Genpharm has named Didrocal as the Canadian reference product. A notice of compliance for the Genpharm product will state the name of the Canadian reference product and will constitute a declaration of equivalence of Genpharm's Gen-etidronate product with Didrocal. As such, Genpharm's product, allegedly for the treatment of Paget's disease and hypercalcemia of malignancy, will be considered equivalent to Didrocal, the product used for the treatment of osteoporosis.

6. The market for the use of etidronate disodium for Paget's disease and hypercalcemia of malignancy is small and declining. The market for the use of etidronate disodium for the treatment of osteoporosis is much larger.

[32] Genpharm does not deny these facts, but has explanations for them. However, I find the explanations

2. Genpharm se propose de vendre son produit Gen-étidronate à la fois en comprimés de 200 mg et de 400 mg, bien que le Didronel de P&G, l'équivalent sur le marché pour le traitement de la maladie de Paget et de l'hypercalcémie de malignité, ne soit disponible que dans le format de 200 mg. Le format de 400 mg est le même que celui du produit Didrocal de P&G pour le traitement de l'ostéoporose. Si Genpharm voulait uniquement rendre son produit disponible pour la maladie de Paget et l'hypercalcémie de malignité, elle ne devrait se proposer de vendre son produit qu'en format de 200 mg.

3. Dans sa monographie du produit Didronel, P&G fait une mise en garde contre l'utilisation de ses produits Didronel ou Didrocal pour l'ostéoporose sans suivre la thérapie intermittente cyclique. Par contre, dans sa monographie du produit Gen-étidronate, Genpharm ne formule aucune précaution contre l'utilisation du produit pour le traitement de l'ostéoporose.

4. Genpharm a inclus dans la monographie de son produit des études qui comparent la biodisponibilité de son produit avec celle de l'etidronate disodique de Didrocal, le produit de P&G pour le traitement de l'ostéoporose, plutôt que celle de Didronel, le produit de P&G pour le traitement de la maladie de Paget et de l'hypercalcémie de malignité.

5. Genpharm a désigné Didrocal comme produit de référence canadien. Un avis de conformité pour le produit de Genpharm indiquera le nom du produit de référence canadien et constituera une déclaration d'équivalence entre le produit Gen-étidronate de Genpharm et Didrocal. À ce titre, le produit de Genpharm, prétendument pour le traitement de la maladie de Paget et de l'hypercalcémie de malignité, sera considéré comme l'équivalent de Didrocal, le produit utilisé pour le traitement de l'ostéoporose.

6. Le marché pour l'utilisation de l'etidronate disodique pour le traitement de la maladie de Paget et de l'hypercalcémie de malignité est petit et déclinant alors qu'il est beaucoup plus étendu pour le traitement de l'ostéoporose.

[32] Genpharm ne nie pas ces faits, mais elle fournit des explications. Celles-ci m'apparaissent toutefois peu

unpersuasive. Genpharm says that the blister packaging of 14 tablets has no significance. However, the 14-tablet package is only relevant to the intermittent regimen for the treatment of osteoporosis and not for the treatment of Paget's disease and hypercalcemia of malignancy.

[33] Genpharm agrees that, in Canada, P&G's Didronel product for Paget's disease or hypercalcemia of malignancy is marketed in 200 mg tablets. However, counsel submits that Genpharm's proposed 400 mg tablets are for use in the U.S. If that is the case, there is no apparent reason for Genpharm to seek a Canadian notice of compliance for its 400 mg tablets. Further, during cross-examination on affidavits, counsel for Genpharm objected to questions asking Genpharm's deponent about marketing its product in the U.S. It is not now open to Genpharm to rely on the marketing in the U.S. argument to justify seeking a notice of compliance for a 400 mg tablet when such evidence was refused on examination.

[34] Genpharm says that it has no precaution against the use of its Gen-etidronate product for osteoporosis in its product monograph because it considered it prudent to make no mention at all of osteoporosis. This is hardly convincing. When the primary issue in the prohibition proceedings is whether its product will be used in the intermittent, cyclical regimen for the treatment of osteoporosis, it seems obvious that, if Genpharm intended that its product not be used for the treatment of osteoporosis, it would have no reason not to include a warning against such use in its product monograph.

[35] Genpharm says the Minister required it to compare its product to the highest Canadian reference product dosage, i.e. Didrocal. There seems to be only one credible reason for this and that is that Genpharm wished to keep open to itself the option of having its product used in the treatment of osteoporosis.

[36] Genpharm does not provide any other explanation as to why it named Didrocal, P&G's

convaincantes. Genpharm prétend que l'emballage de 14 comprimés ne signifie rien. Pourtant, l'emballage de 14 comprimés n'est pertinent que dans le cas du schéma posologique intermittent pour le traitement de l'ostéoporose et non pour le traitement de la maladie de Paget et de l'hypercalcémie de malignité.

[33] Genpharm reconnaît que le produit Didronel de P&G au Canada pour le traitement de la maladie de Paget et de l'hypercalcémie de malignité commercialisé sous forme de comprimés de 200 mg. L'avocat allègue toutefois que les comprimés de 400 mg proposés par Genpharm sont destinés au marché américain. Si c'est le cas, Genpharm n'a aucune raison apparente de demander un avis de conformité canadien pour ses comprimés de 400 mg. De plus, au cours du contre-interrogatoire sur les affidavits, l'avocat de Genpharm s'est opposé aux questions adressées au déposant de Genpharm sur la commercialisation de son produit aux États Unis. Genpharm ne peut maintenant invoquer l'argument de la commercialisation aux États-Unis pour justifier une demande d'avis de conformité pour un comprimé de 400 mg alors qu'une telle preuve a été refusée à l'interrogatoire.

[34] Genpharm dit que sa monographie de produit ne contient aucune mise en garde contre l'utilisation de son produit Gen-étidronate pour le traitement de l'ostéoporose parce qu'elle a estimé prudent de ne pas mentionner l'ostéoporose. Cela n'est guère convaincant. La question primordiale en jeu dans la procédure d'interdiction étant de savoir si son produit sera utilisé selon le schéma posologique intermittent et cyclique pour le traitement de l'ostéoporose, il semble évident que si Genpharm entendait que son produit ne soit pas utilisé pour le traitement de l'ostéoporose, elle n'aurait aucune raison de ne pas inclure une mise en garde contre une telle utilisation dans sa monographie.

[35] Genpharm dit que le ministre a exigé qu'elle compare son produit à la plus forte posologie du produit de référence canadien, soit le Didrocal. Le seul motif crédible de Genpharm, semble-t-il, c'est qu'elle désirait se réserver la possibilité de voir son produit utilisé pour le traitement de l'ostéoporose.

[36] Genpharm ne fournit aucune autre explication sur les raisons pour lesquelles elle a désigné le Didrocal, le

osteoporosis product, as its Canadian reference product, rather than Didronel, P&G's product for Paget's disease and hypercalcemia of malignancy. It would seem that the only reason is to ensure that the Genpharm product will be considered to be equivalent to Didrocal and, therefore, available for use in the treatment of osteoporosis.

[37] In cross-examination, Genpharm's deponents:

1. would not confirm that the Genpharm product would not be interchangeable with P&G's Didrocal in the marketplace;

2. confirmed that Genpharm's intention was to market its product for those indications listed in its ANDS, that one such indication was the treatment of osteoporosis and that the 400 mg tablets for 14 days was the dosing regimen for osteoporosis;

3. indicated that if anyone suggested that its product was being used for the treatment of osteoporosis, steps would not be taken to prevent such use; and

4. agreed that the Canadian market for the use of etidronate disodium for Paget's disease and hypercalcemia of malignancy was small and declining and that it was for use in the treatment of osteoporosis that made etidronate disodium a significant product.

[38] Dr. Alan Tennenhouse, Director, McGill University Bone Centre, and Director of the Division of Bone Metabolism of the Montreal General Hospital, deposed, at paragraph 64 of his affidavit, that Genpharm's product would be used for the treatment of osteoporosis:

Regardless of whether Genpharm's 400 mg tablet is indicated for the treatment of Paget's disease of the bone or hypercalcemia malignancy, the product could, and in some cases would, be used for the treatment and prevention of osteoporosis, in accordance with the cyclic regimen, discussed above.

produit de P&G pour le traitement de l'ostéoporose, comme son produit de référence canadien, plutôt que le Didronel, le produit de P&G pour le traitement de la maladie de Paget et de l'hypercalcémie de malignité. Il semblerait que la seule raison soit de s'assurer que le produit de Genpharm sera considéré comme l'équivalent de Didrocal et donc disponible pour le traitement de l'ostéoporose.

[37] En contre-interrogatoire, les déposants de Genpharm ont:

1. refusé de confirmer que le produit de Genpharm ne serait pas interchangeable avec le Didrocal de P&G sur le marché;

2. confirmé que l'intention de Genpharm était de commercialiser son produit pour les indications énumérées dans sa PADN, que l'une de ces indications était le traitement de l'ostéoporose et que le schéma posologique de 14 jours pour les comprimés de 400 mg était le schéma posologique pour l'ostéoporose;

3. indiqué que si quelqu'un affirmait que son produit était utilisé pour le traitement de l'ostéoporose, Genpharm ne prendrait aucune mesure pour prévenir une telle utilisation;

4. reconnu que le marché canadien pour l'utilisation de l'etidronate disodique dans le traitement de la maladie de Paget et de l'hypercalcémie de malignité était petit et déclinant et que c'était son utilisation pour le traitement de l'ostéoporose qui en faisait un produit d'importance.

[38] Le Dr Alan Tennenhouse, directeur du Centre des maladies osseuses de l'Université McGill et directeur de la Division du métabolisme osseux de l'Hôpital Général de Montréal, a déclaré, au paragraphe 64 de son affidavit, que le produit de Genpharm serait utilisé pour le traitement de l'ostéoporose:

[TRADUCTION] Même si le comprimé de 400 mg de Genpharm est indiqué pour le traitement de la maladie osseuse de Paget ou de l'hypercalcémie de malignité, le produit pourrait être utilisé, et le serait en certains cas, pour le traitement et la prévention de l'ostéoporose, selon le schéma cyclique mentionné ci-dessus.

[39] Peter A. Cook, a licensed pharmacist in British Columbia, deposed that if generic etidronate disodium 400 mg tablets were not designated as non-interchangeable with Didrocal by the British Columbia College of Pharmacists, he would give patients the choice of being dispensed Didrocal or loose etidronate disodium tablets:

If generic etidronate disodium 400 mg tablets were not designated as non-interchangeable with DIDROCAL by the British Columbia College of Pharmacists, then, provided that the prescription did not specify that DIDROCAL should not be substituted, I would present any patient who attends with a prescription to be filled for DIDROCAL with the choice of being dispensed DIDROCAL or being dispensed loose etidronate disodium tablets, and possibly calcium supplements as well. If requested, I would blister pack the tablets being dispensed, although I would not offer this service in the ordinary course.

[40] The evidence cited above satisfies me that Genpharm's actions and intentions would lead inevitably to the use of its etidronate disodium product, Gen-etidronate, for the treatment of osteoporosis if it obtains the notices of compliance that it seeks.

Inducement and Procurement

[41] Genpharm then submits that even if the evidence shows that its Gen-etidronate product will be used for the treatment of osteoporosis, that itself does not constitute infringement under the Regulations. Genpharm argues that the infringement contemplated under the Regulations is infringement by the generic producer, not infringement by patients who will be the ones who will use Genpharm's product. Therefore, says Genpharm, the only way that it can be found to infringe the '376 patent is if it is determined that Genpharm induced or procured infringement by patients. (See *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2001), 16 C.P.R. (4th) 21 (F.C.T.D.), under appeal in Court file A-716-01.) Genpharm says the test for inducement or procurement, as set out in *Dableh v. Ontario Hydro*, [1996] 3 F.C. 751 (C.A.), at pages 780-782, is a difficult one to meet and that the evidence does not satisfy the test in this case.

[39] Peter A. Cook, pharmacien licencié en Colombie-Britannique, a déclaré que si les comprimés génériques de 400 mg d'etidronate disodique n'étaient pas désignés comme non interchangeables avec le Didrocal par le College of Pharmacists de la Colombie-Britannique, il donnerait aux patients le choix entre une ordonnance de Didrocal ou de comprimés en vrac d'etidronate disodique:

[TRADUCTION] Si les comprimés génériques de 400 mg d'etidronate disodique n'étaient pas désignés comme étant non interchangeables avec DIDROCAL par le College of Pharmacists de la Colombie-Britannique, alors, pourvu que l'ordonnance ne spécifie pas que DIDROCAL ne devrait pas être substitué, j'offrirais à tout patient qui se présente avec une ordonnance de DIDROCAL le choix d'une ordonnance de DIDROCAL ou d'une ordonnance de comprimés en vrac d'etidronate disodique et peut-être aussi des suppléments de calcium. Sur demande, j'emballerais les comprimés prescrits sous alvéoles thermoformées, même si je n'offrirais pas ce service sur une base régulière.

[40] Les éléments de preuve susmentionnés me convainquent que les actes et les intentions de Genpharm mèneraient inévitablement à l'utilisation de son produit d'etidronate disodique, le Gen-etidronate, pour le traitement de l'ostéoporose si elle obtient les avis de conformité qu'elle demande.

L'incitation

[41] Genpharm soutient ensuite que même si la preuve établit que son produit Gen-etidronate sera utilisé pour le traitement de l'ostéoporose, cela ne constitue pas en soi une contrefaçon suivant le Règlement. Genpharm prétend que la contrefaçon suivant le Règlement est celle du fabricant de génériques, et non celle des patients qui utiliseront son produit. Par conséquent, dit Genpharm, la seule façon d'établir qu'elle a contrefait le brevet '376 est de déterminer qu'elle a incité les patients à la contrefaçon. (Voir *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (2001), 16 C.P.R. (4th) 21 (C.F. 1^{re} inst.), en appel, dossier A-716-01.) Genpharm dit qu'il est difficile de satisfaire au critère de l'incitation, tel qu'établi dans *Dableh c. Ontario Hydro*, [1996] 3 C.F. 751 (C.A.), aux pages 780-782, et que la preuve en l'espèce n'y satisfait pas.

[42] The patent claims at issue in the appeal are use claims. Therefore, the words that are relevant in subparagraph 5(1)(b)(iv) are “no claim for the use of the medicine would be infringed by the . . . selling by that person [the generic producer] of [its] drug”.

[43] The phrase “would be infringed” is not qualified. In other words, subparagraph 5(1)(b)(iv) does not say, as Genpharm argues, that the act of infringement must be the act of the generic producer. Indeed, by expressly referring to sales by the generic producer (“the selling by that person”), the Governor in Council turned his mind to when it is relevant to associate actions with the generic producer under the Regulations. By not using that same phrase “by that person” in respect of the act of infringement within the same subparagraph, the Governor in Council cannot be said to have intended that infringement must necessarily be limited to acts of the generic producer itself. For Genpharm to suggest that the act of infringement must be by the generic producer reads words into the Regulations which the Court must not do.

[44] In the case of a use patent, if the generic producer sells its product and infringement results by patients using the product for a use protected in a patent, there will be infringement of that patent for purposes of the Regulations. The connection between the generic producer and infringement by the patient is in the generic producer selling its product.

[45] Paragraph 55.2(4)(e) of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 as amended [as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4; 2001, c. 10, s. 2], which authorizes the Governor in Council to make the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, provides that a regulation may be promulgated dealing with circumstances in which the issuance of a notice of compliance might result directly or indirectly in the infringement of a patent. Paragraph 55.2(4)(e) provides:

55.2 (1) . . .

(4) The Governor in Council may make such regulations as the Governor in Council considers necessary for preventing the infringement of a patent by any person who makes,

[42] Les revendications en cause dans le présent appel sont les revendications pour l'utilisation. Par conséquent, les mots pertinents du sous-alinéa 5(1)(b)(iv) sont: «une revendication pour l'utilisation du médicament ne serai[t] contrefaite[. . .] advenant [. . .] la vente par elle [le fabricant de génériques] de [sa] drogue».

[43] Les mots «ne serai[t] contrefaite» ne sont pas suivis d'une restriction. En d'autres termes, le sous-alinéa 5(1)(b)(iv) ne dit pas, comme Genpharm le prétend, que la contrefaçon doit être le fait du fabricant de génériques. Au contraire, en se référant expressément aux ventes par le fabricant de génériques («la vente par elle»), le gouverneur en conseil s'est intéressé au moment où il est pertinent d'assimiler des actes à ceux du fabricant de génériques en vertu du Règlement. Le gouverneur en conseil n'ayant pas employé la même expression «par elle» à propos de l'acte de contrefaçon dans le même sous-alinéa, il ne peut avoir voulu limiter nécessairement la contrefaçon aux actes du fabricant de génériques lui-même. Lorsque Genpharm dit que l'acte de contrefaçon doit être celui du fabricant de génériques, elle ajoute au Règlement, ce que la Cour ne doit pas faire.

[44] Dans le cas d'un brevet d'utilisation, si la vente d'un produit du fabricant de génériques a pour effet la contrefaçon du brevet par des patients qui font de ce produit une utilisation protégée, il y aura contrefaçon du brevet pour les fins du Règlement. Le lien entre le fabricant de génériques et la contrefaçon par le patient est la vente du produit par ce fabricant.

[45] L'alinéa 55.2(4)(e) de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, modifié [édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4; 2001, ch. 10, art. 2], qui autorise le gouverneur en conseil à prendre le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, prévoit qu'un règlement peut être pris concernant les circonstances où la délivrance d'un avis de conformité peut avoir pour effet la contrefaçon de brevet. L'alinéa 55.2(4)(e) dispose:

55.2 (1) [. . .]

(4) Afin d'empêcher la contrefaçon d'un brevet d'invention par l'utilisateur, le fabricant, le constructeur ou le vendeur d'une invention brevetée au sens du paragraphe (1),

constructs, uses or sells a patented invention in accordance with subsection (1), including, without limiting the generality of the foregoing, regulations

...

(e) generally governing the issue of a notice, certificate, permit or other document referred to in paragraph (a) in circumstances where the issue of that notice, certificate, permit or other document might result directly or indirectly in the infringement of a patent.

Where infringement is by a patient in the case of a use patent, the issuance of the notice of compliance can be said to result in the infringement of the patent, if not directly, then at least indirectly. This is the conclusion reached by Richard J. (as he then was) in *Zeneca Pharma Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 61 C.P.R. (3d) 190 (F.C.T.D.), at page 203. I think that conclusion was correct and I reach the same result in this case.

[46] I think this interpretation is further supported by the definition of “claim for the use of the medicine” in section 2 of the Regulations:

2. . . .

“claim for the use of the medicine” means a claim for the use of the medicine for the diagnosis, treatment, mitigation or prevention of a disease, disorder or abnormal physical state, or the symptoms thereof.

[47] If the words of the definition are read into subparagraph 5(1)(b)(iv), i.e. “[no] claim for the use of the medicine for the diagnosis, treatment, mitigation or prevention of a disease, disorder or abnormal physical state, or the symptoms thereof”, it is apparent that the use contemplated includes use by patients. That is, medicine used for diagnosis, treatment, mitigation or prevention of a disease, disorder or abnormal physical state, or the symptoms thereof, must contemplate use of the medicine by a patient. The point is that use claims referred to in subparagraph 5(1)(b)(vi) contemplate use, not just by the generic producer, but by patients as well, and that infringement will result by patients using a medicine sold by a generic producer, even if there is no inducement or procurement by the generic producer.

le gouverneur en conseil peut prendre du Règlement, notamment:

[. . .]

e) sur toute autre mesure concernant la délivrance d’un titre visé à l’alinéa a) lorsque celle-ci peut avoir pour effet la contrefaçon de brevet.

Lorsque la contrefaçon est celle d’un patient dans le cas d’un brevet pour l’utilisation, on peut considérer que la délivrance de l’avis de conformité a pour effet la contrefaçon du brevet, sinon directement, du moins indirectement. C’est la conclusion du juge Richard (tel était alors son titre) dans *Zeneca Pharma Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 61 C.P.R. (3d) 190 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 203. J’estime que cette conclusion était fondée et je la fais mienne dans la présente instance.

[46] J’estime que cette interprétation est aussi étayée par la définition de «revendication pour l’utilisation du médicament» à l’article 2 du Règlement:

2. [. . .]

«revendication pour l’utilisation du médicament»
Revendication pour l’utilisation du médicament aux fins du diagnostic, du traitement, de l’atténuation ou de la prévention d’une maladie, d’un désordre, d’un état physique anormal, ou de leurs symptômes.

[47] Si l’on incorpore les termes de la définition dans le sous-alinéa 5(1)(b)(iv), c’est-à-dire «[aucune] revendication pour l’utilisation du médicament aux fins du diagnostic, du traitement, de l’atténuation ou de la prévention d’une maladie, d’un désordre, d’un état physique anormal, ou de leurs symptômes», il en ressort que l’utilisation envisagée comprend l’utilisation par les patients. C’est dire qu’il faut envisager l’utilisation par un patient d’un médicament utilisé pour le diagnostic, le traitement, l’atténuation ou la prévention d’une maladie, d’un désordre, d’un état physique anormal, ou de leurs symptômes. Le fait est que les revendications pour l’utilisation visées au sous-alinéa 5(1)(b)(iv) envisagent l’utilisation, non seulement par le fabricant de génériques, mais aussi par les patients, et qu’il en résultera la contrefaçon par les patients qui utilisent un

[48] The scheme of the Regulations seems obvious. If a generic producer sells a product and infringement by anyone using the product results, that is the infringement the Regulations are intended to preclude. There is no suggestion that the generic producer must have induced or procured patients or others to infringe the patent.

[49] For this reason, I am satisfied that in the case of use claims, it is not necessary for a patentee to demonstrate that a generic producer's actions will induce or procure patent infringement by patients or others. Provided that the generic producer cannot establish that no claim for the use of the medicine would be infringed by patients or others by its selling of its product, it will not satisfy the justification test in subsection 6(2) of the Regulations and a prohibition order must be made.

[50] In this case, if a patient used the Genpharm product for osteoporosis, the use claims of P&G's '376 patent would be infringed. It would be Genpharm's selling of its product that would result in the infringement. Here, the evidence is overwhelming that it is not only probable, but inevitable, that Genpharm's Gen-étidronate product would, if notices of compliance issue, be used for the treatment of osteoporosis in the cyclical regimen that constitutes the invention under the '376 patent.

[51] Accordingly, Genpharm's allegations of non-infringement are not justified and, on the merits, a prohibition order should be issued.

CONCLUSION

[52] The appeal should be dismissed with costs.

LINDEN J.A.: I agree.

SHARLOW J.A.: I agree.

médicament vendu par un fabricant de génériques, même sans incitation de la part de ce fabricant.

[48] L'objet du Règlement semble manifeste. Si un fabricant de génériques vend un produit et que cela a pour effet la contrefaçon d'un brevet par quiconque utilise le produit, c'est la contrefaçon que le Règlement vise à empêcher. Rien n'exige que le fabricant de génériques ait incité ou amené des patients ou d'autres personnes à contrefaire le brevet.

[49] Pour ce motif, j'estime que, dans le cas de revendications pour l'utilisation, il n'est pas nécessaire que le titulaire d'un brevet établisse que, par ses actions, le fabricant de génériques incitera ou amènera des patients ou d'autres personnes à contrefaire le brevet. Dans la mesure où le fabricant de génériques ne peut établir qu'aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne serait contrefaite par des patients ou d'autres personnes par la vente de son produit, il ne satisfera pas au critère du bien-fondé de l'allégation énoncé au paragraphe 6(2) du Règlement et une ordonnance d'interdiction doit être rendue.

[50] En l'espèce, si un patient utilise le produit de Genpharm pour l'ostéoporose, les revendications pour l'utilisation que comporte le brevet '376 de P&G seraient contrefaites. C'est la vente de son produit par Genpharm qui aurait pour effet la contrefaçon. La preuve établit de façon écrasante qu'il est non seulement probable mais inévitable que le produit Gen-étidronate de Genpharm soit, en cas de délivrance des avis de conformité, utilisé pour le traitement de l'ostéoporose selon le schéma posologique cyclique qui constitue l'invention suivant le brevet '376.

[51] Il s'ensuit que les allégations de non-contrefaçon de Genpharm ne sont pas fondées, et qu'il convient, sur le fond du litige, de rendre une ordonnance d'interdiction.

CONCLUSION

[52] L'appel devrait être rejeté avec dépens.

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

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

T-1103-01
2002 FCT 706

T-1103-01
2002 CFPI 706

Pfizer Canada Inc. (Applicant)

Pfizer Canada Inc. (demanderesse)

v.

c.

Attorney General of Canada (Respondent)

Le procureur général du Canada (défendeur)

and

et

**The Canadian Drug Manufacturers' Association
(Intervener)**

**L'Association canadienne des fabricants de produits
pharmaceutiques (intervenante)**

T-1104-01

T-1104-01

Schering Canada Inc. (Applicant)

Schering Canada Inc. (demanderesse)

v.

c.

The Attorney General of Canada (Respondent)

Le procureur général du Canada (défendeur)

T-1120-01

T-1120-01

Pfizer Canada Inc. (Applicant)

Pfizer Canada Inc. (demanderesse)

v.

c.

Attorney General of Canada (Respondent)

Le procureur général du Canada (défendeur)

and

et

**The Canadian Drug Manufacturers' Association
(Intervener)**

**L'Association canadienne des fabricants de produits
pharmaceutiques (intervenante)**

**INDEXED AS: PFIZER CANADA INC. v. CANADA (ATTORNEY
GENERAL) (T.D.)**

**RÉPERTORIÉ: PFIZER CANADA INC. c. CANADA (PROCUREUR
GÉNÉRAL) (1^{RE} INST.)**

Trial Division, Blanchard J.—Ottawa, April 15 and June
25, 2002.

Section de première instance, juge Blanchard—Ottawa,
15 avril et 25 juin 2002.

*Patents — Registration — Pursuant to Patented Medicines
(Notice of Compliance) Regulations, s. 4(4), patents herein
ineligible for inclusion in patent register as filing date of
patent applications in Canada not preceding filing date of
supplemental new drug submissions — “Filing date”
referring solely to Canadian filing date, not priority date or
date of filing in Unites States.*

*Brevets — Enregistrement — Suivant l'art. 4(4) du
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité),
les brevets dont il est question en l'espèce ne pouvaient être
ajoutés au registre des brevets puisque la date de dépôt des
demandes de brevet au Canada n'était pas antérieure à celle
de la présentation supplémentaire de drogue nouvelle — Les
mots «date de dépôt» font référence uniquement à la date de
dépôt d'une demande au Canada et non à une date de dépôt
prioritaire ou à une date de dépôt aux États-Unis.*

Construction of Statutes — Interpretation of “filing date” in Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 4(4) — In case of ambiguity or contradiction in two official versions of enactment, plain, unequivocal version (French version herein) favoured — Courts have also adopted approach favouring more narrow meaning over broader one in practice of attempting to find shared or common meaning in two versions — Patents herein ineligible for inclusion in patent register as filing date of patent applications in Canada not preceding filing date of supplemental new drug submissions.

The Minister of Health’s delegate refused to list the applicants’ patents on the patent register because they did not meet the timing requirements of subsection 4(4) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*: the filing date of the patent applications did not precede the filing date of the supplemental new drug submissions. U.S. patent applications had been filed with respect to all of the patents at issue herein.

In all three cases, the applicants argue that the “filing date” set out in subsection 4(4) of the Regulations should be interpreted to be the priority filing date, which would be the date of filing in the United States, not the Canadian filing date.

The issue was whether the words “filing date” in subsection 4(4) of the Regulations refer solely to the filing date of an application in Canada or whether they can also refer to a priority filing date.

These were applications for judicial review of the Minister of Health’s decisions refusing to list the patents on the patent register.

Held, the applications should be dismissed.

The standard of review herein was that of correctness.

Any ambiguity that may have been created by the use of the indefinite article in the English version of Regulation, subsection 4(4) (“a” instead of “the”) was dispelled by the French version, which uses a definite article and reads “*dont la date de dépôt est antérieure*”. Where one version is itself ambiguous, while the other is plain and unequivocal, the courts have favoured the latter. The courts have also adopted an approach that would favour a more narrow meaning over a broader one in the practice of attempting to find a shared or

Interprétation des lois — Interprétation des mots «date de dépôt» figurant à l’art. 4(4) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) — Lorsqu’il y a une ambiguïté ou une contradiction entre deux versions officielles d’un texte législatif, la version claire et non équivoque est favorisée (la version française en l’espèce) — Les tribunaux ont également adopté une approche qui favorise un sens plus étroit lorsqu’il est question de tenter de trouver un sens commun entre deux versions d’un texte — Les brevets dont il est question en l’espèce ne pouvaient être ajoutés au registre des brevets puisque la date de dépôt des demandes de brevet au Canada n’était pas antérieure à celle de la présentation supplémentaire de drogue nouvelle.

Le représentant du ministre de la Santé a refusé d’ajouter certains brevets des demanderesse au registre des brevets parce qu’ils ne respectaient pas les délais requis par le paragraphe 4(4) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*: la date de dépôt des demandes de brevet n’était pas antérieure à celle de la présentation supplémentaire de drogue nouvelle. Des demandes de brevets américains ont été déposées relativement à tous les brevets dont il est question en l’espèce.

Dans les trois cas, les demanderesse soutiennent que la «date de dépôt» prévue au paragraphe 4(4) du Règlement devrait être interprétée comme la date de dépôt prioritaire, ce qui correspondrait à la date de dépôt aux États-Unis et non à la date de dépôt au Canada.

La question en litige consistait à savoir si les mots «date de dépôt», figurant au paragraphe 4(4) du Règlement, font référence uniquement à la date de dépôt d’une demande de brevet au Canada ou s’ils peuvent également faire référence à une date de dépôt prioritaire.

Il s’agissait de demandes de contrôle judiciaire des décisions par lesquelles le ministre de la Santé a refusé d’ajouter les brevets au registre des brevets.

Jugement: les demandes sont rejetées.

La norme de contrôle appropriée en l’espèce était celle de la décision correcte.

L’ambiguïté qui peut avoir été créée par l’emploi de l’article indéfini dans la version anglaise du paragraphe 4(4) du Règlement («a» au lieu de «the») a été corrigée par la version française qui emploie l’article défini et qui est ainsi rédigée: «dont la date de dépôt est antérieure». Dans le cas où une version en elle-même est ambiguë alors que l’autre est claire et non équivoque, les tribunaux ont favorisé cette dernière version. Ils ont également adopté une approche qui favoriserait un sens plus étroit lorsqu’il est question de tenter

common meaning in the two versions. The French version herein lends support to the respondent's position that the term "filing date" refers solely to one date, namely the Canadian filing date. The narrower meaning as reflected in the French version of the enactment was favoured. Adopting a narrower meaning, and interpreting "filing date" to mean the "Canadian filing date" is also consistent with the intention of Parliament since the term "filing date" is expressly defined in the *Patent Act* as the Canadian filing date.

"Filing date" is not defined in the Regulations but is defined in section 2 and subsection 28(1) of the *Patent Act*. The definition of "filing date" in section 2 of the *Patent Act* is exhaustive and unambiguous: the date on which a patent application is filed in Canada and not the priority date. In addition, the French version leaves no doubt that "filing date" refers to the Canadian filing date as defined in section 28. Furthermore, the term "filing date" is consistently used in the *Patent Act* to refer to the date on which the application is filed in Canada. The Act uses the term "claim date", not the term "filing date", to refer to a previously filed application or the priority date. And the definition of "claim date" in section 2 of the Act would be meaningless if the term "filing date" and "priority date" could be used interchangeably. Had the Governor in Council intended to refer to the priority date in subsection 4(4) of the Regulations, the term "claim date" would have been used. The words "a filing date", read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme of the Act and the intention of Parliament, should be interpreted to be exhaustive and refer to the filing date for an application for patent in Canada. The case of *Bayer AG v. Apotex Inc.* (1998), 84 C.P.R. (3d) 23 (F.C.T.D.), wherein, in considering former section 28 of the Act, it was held that a Canadian patent is entitled to the benefit of a priority filing date, was distinguished.

Since it was determined that subsection 4(4) of the Regulations and section 2 and subsection 28(1) of the Act are clear and unambiguous, there was no need to have recourse to the international conventions as intrinsic aids to interpretation. Even so, the Minister's interpretation of those provisions was not inconsistent with the Paris Convention, the *North American Free Trade Agreement* or with the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*.

de trouver un sens commun entre les deux versions d'un texte législatif. La version française en l'espèce étaye la position du défendeur selon laquelle l'expression «*filing date*» («date de dépôt») fait référence uniquement à une date, à savoir la date de dépôt au Canada. Le sens plus étroit de la version française du texte législatif a été favorisé. L'adoption d'un sens étroit et l'interprétation de «date de dépôt» de façon à signifier «date de dépôt au Canada» sont compatibles avec l'intention du législateur puisque l'expression «date de dépôt» est expressément définie dans la *Loi sur les brevets* comme la date de dépôt au Canada.

L'expression «date de dépôt» n'est pas définie dans le Règlement, mais plutôt à l'article 2 et au paragraphe 28(1) de la *Loi sur les brevets*. La définition de «date de dépôt» à l'article 2 de la *Loi sur les brevets* est exhaustive et non ambiguë: la date à laquelle une demande de brevet est déposée au Canada et non la date prioritaire. De plus, la version française ne laisse aucun doute que la «date de dépôt» fait référence à la date de dépôt au Canada selon la définition de l'article 28. De plus, l'expression «date de dépôt» est constamment employée dans la *Loi sur les brevets* pour faire référence à la date à laquelle la demande est déposée au Canada. La version anglaise de la Loi emploie l'expression «*claim date*» («date de la revendication») et non l'expression «*filing date*» («date de dépôt») pour faire référence à une demande antérieurement déposée ou à la date prioritaire. Et la définition de «*claim date*» à l'article 2 de la Loi serait vide de sens si les expressions «date de dépôt» et «date prioritaire» pouvaient être employées de façon interchangeable. Si le gouverneur en conseil avait eu l'intention de faire référence à la date prioritaire au paragraphe 4(4) du Règlement, l'expression «*claim date*» aurait été employée. Les mots «date de dépôt», lus dans leur contexte entier et selon leur sens grammatical et ordinaire, harmonieusement avec le modèle de la Loi et l'intention du législateur, devraient être interprétés comme étant exhaustifs et comme faisant référence à la date de dépôt d'une demande de brevet au Canada. Une distinction a été faite avec la décision *Bayer AG c. Apotex Inc.* (1998), 84 C.P.R. (3d) 23 (C.F. 1^{re} inst.) où la Cour, en examinant l'ancien article 28 de la Loi, a conclu qu'un brevet canadien donnait droit au bénéfice de la date de dépôt prioritaire.

Comme il a été décidé que le paragraphe 4(4) du Règlement et l'article 2 ainsi que le paragraphe 28(1) de la Loi sont clairs et non ambigus, il n'était pas nécessaire d'avoir recours aux conventions internationales comme outils intrinsèques pour leur interprétation. Même dans un tel cas, l'interprétation qu'a faite le ministre de ces dispositions n'était pas incompatible avec la *Convention de Paris*, l'*Accord de libre-échange nord-américain* ou l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

- Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, Annex 1C of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, signed in Marrakesh, Morocco, 15 April 1994, 1867 U.N.T.S. 3, Art. 2.
- North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2.
- Paris Convention for the Protection of Industrial Property*, March 20, 1883, as revised at Brussels on December 14, 1900, at Washington on June 2, 1911, at The Hague on November 6, 1925, at London on June 2, 1934, at Lisbon on October 31, 1958, and at Stockholm on July 14, 1967, 828 U.N.T.S. 305, Arts. 2, 4B.
- Patent Act*, R.S.C. 1970, c. P-4, s. 28.
- Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 2 "claim date" (as enacted by S.C. 1993, c. 15, s. 26), "filing date" (as enacted *idem*), 27(1) (as am. *idem*, s. 31), 28 (as am. *idem*, s. 33), 28.1 (as enacted *idem*), 28.2 (as enacted *idem*), 28.3 (as enacted *idem*), 28.4 (as enacted *idem*).
- Patent Cooperation Treaty*, June 19, 1970, [1990] Can. T.S. No. 22.
- Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, s. 4(4) (as am. by SOR/98-166, s. 3).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

- Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Bayer AG v. Apotex Inc.* (1998), 84 C.P.R. (3d) 23; 156 F.T.R. 303 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

- R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597; (1998), 164 D.L.R. (4th) 1; [1999] 5 W.W.R. 582; 112 B.C.A.C. 1; 57 B.C.L.R. (3d) 215; 128 C.C.C. (3d) 1; 230 N.R. 83; *Daniels v. White and The Queen*, [1968] S.C.R. 517; (1968), 2 D.L.R. (3d) 1; 64 W.W.R. 385; [1969] 1 C.C.C. 299; 6 C.N.L.C. 199; 4 C.R.N.S. 176.

REFERRED TO:

- Tupper v. The Queen*, [1967] S.C.R. 589; (1967), 63 D.L.R. (2d) 289; [1968] 1 C.C.C. 253; 2 C.R.N.S. 35; *Merck & Co. v. Canada (Attorney General)* (1999), 176 F.T.R. 21 (F.C.T.D.); *affd sub nom. Merck & Co. v.*

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2.
- Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, Annexe 1C de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, signé à Marrakech, Maroc, le 15 avril 1994, 1867 N.U.R.T. 3, art. 2.
- Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*, 20 mars 1883, révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Lisbonne le 31 octobre 1958 et à Stockholm le 14 juillet 1967, 828 N.U.R.T. 305, art. 2, 4B.
- Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 2 «date de dépôt» (édicte par L.C. 1993, ch. 15, art. 26), 27(1) (mod., *idem*, art. 31), 28 (mod., *idem*, art. 33), 28.1 (édicte, *idem*), 28.2 (édicte, *idem*), 28.3 (édicte, *idem*), 28.4 (édicte, *idem*).
- Loi sur les brevets*, S.R.C. 1970, ch. P-4, art. 28.
- Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, art. 4(4) (mod. par DORS/98-166, art. 3).
- Traité de coopération en matière de brevets*, 19 juin 1970, [1990] R.T. Can. n° 22.

JURISPRUDENCE

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

- Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Bayer AG c. Apotex Inc.* (1998), 84 C.P.R. (3d) 23; 156 F.T.R. 303 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

- R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597; (1998), 164 D.L.R. (4th) 1; [1999] 5 W.W.R. 582; 112 B.C.A.C. 1; 57 B.C.L.R. (3d) 215; 128 C.C.C. (3d) 1; 230 N.R. 83; *Daniels v. White and The Queen*, [1968] R.C.S. 517; (1968), 2 D.L.R. (3d) 1; 64 W.W.R. 385; [1969] 1 C.C.C. 299; 6 C.N.L.C. 199; 4 C.R.N.S. 176.

DÉCISIONS CITÉES:

- Tupper c. The Queen*, [1967] R.C.S. 589; (1967), 63 D.L.R. (2d) 289; [1968] 1 C.C.C. 253; 2 C.R.N.S. 35; *Merck & Co. c. Canada (Procureur général)* (1999), 176 F.T.R. 21 (C.F. 1^{re} inst.); *conf. sub nom. Merck & Co. c.*

Nu-Pharm Inc. (2000), 5 C.P.R. (4th) 138; 254 N.R. 68 (F.C.A.).

AUTHORS CITED

Côté, Pierre-André. *Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 2000.

Driedger, E. A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

APPLICATIONS for judicial review of the Minister's decisions that the applicants' patents were ineligible for inclusion on the patent register as they did not meet the regulatory requirements of subsection 4(4) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*. Applications dismissed.

APPEARANCES:

Anthony G. Creber and Jennifer L. Wilkie for applicants.

Marie Crowley for respondent.

Edward J. B. Hore for intervenier.

SOLICITORS OF RECORD:

Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for applicants.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

Hazzard & Hore, Toronto, for intervenier.

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

[1] BLANCHARD J.: The Court has before it three applications for judicial review of decisions of the Minister of Health wherein the Minister's delegate refused to list certain Canadian patents on the patent register maintained pursuant to the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, as amended, (the Regulations). The Minister decided that the patents were ineligible for inclusion on the patent register as they did not meet the regulatory requirements of subsection 4(4) [as am. by SOR/98-166, s. 3] of the Regulations.

[2] In accordance with subsection 4(4) of the Regulations, first persons such as the applicants, may,

Nu-Pharm Inc. (2000), 5 C.P.R. (4th) 138; 254 N.R. 68 (C.A.F.).

DOCTRINE

Côté, Pierre-André, *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal: Éditions Thémis, 1999.

Driedger, E. A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

DEMANDES de contrôle judiciaire des décisions du ministre selon lesquelles les brevets des demanderessees ne pouvaient être ajoutés au registre des brevets parce qu'ils ne respectaient pas les exigences réglementaires du paragraphe 4(4) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. Demandes rejetées.

ONT COMPARU:

Anthony G. Creber et Jennifer L. Wilkie pour les demanderessees.

Marie Crowley pour le défendeur.

Edward J. B. Hore pour l'intervenante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, pour les demanderessees.

Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

Hazzard & Hore, Toronto, pour l'intervenante.

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

[1] LE JUGE BLANCHARD: La Cour est saisie de trois demandes de contrôle judiciaire de décisions rendues par le ministre de la Santé dans lesquelles le représentant du ministre a refusé d'ajouter certains brevets canadiens au registre des brevets tenu en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, dans sa version modifiée, (le Règlement). Le ministre a décidé que les brevets ne pouvaient être ajoutés au registre des brevets puisqu'ils ne respectaient pas les exigences réglementaires prévues au paragraphe 4(4) [mod. par DORS/98-166, art. 3] du Règlement.

[2] Conformément au paragraphe 4(4) du Règlement, les premières personnes, comme les demanderessees,

after the date of filing of a submission for a notice of compliance (NOC), and within 30 days after the issuance of a patent that was issued on the basis of an application that has a filing date that precedes the date of filing of the submission, submit a patent list or an amendment to an existing patent list.

[3] The Minister interpreted the words “filing date” in subsection 4(4) of the Regulations to refer solely to the filing date of an application for patent in Canada and found the patents ineligible for inclusion on the patent register as the filing date of the patent application did not precede the filing date of the supplemental new drug submission.

Facts

[4] The following is a chronology of the factual situation of each application.

T-1103-01, Applicant: Pfizer Canada Inc. (hereinafter Pfizer), Product: Zithromax azithromycin dihydrate (hereinafter Zithromax)

[5] Pfizer is a company that carries on business as a manufacturer and distributor of pharmaceutical products.

[6] On April 29, 1994, U.S. patent application 80/235,069 was filed in the United States relating to new oral dosage form of Zithromax. This new oral dosage form does not exhibit an adverse food effect, which means that it can be taken without regard to meals.

[7] On September 15, 1994, Pfizer filed, in Canada, a supplemental new drug submission for a new oral dosage form of Zithromax, 250 mg tablets. This submission was approved and an NOC was issued on February 21, 1996.

[8] On April 27, 1995, Pfizer filed a Canadian patent application 2148071 in respect of the new Zithromax tablets dosage form (the Canadian filing date). The

peuvent, après le dépôt de la demande d’avis de conformité et dans les 30 jours suivant la délivrance d’un brevet qui est fondée sur une demande de brevet dont la date de dépôt est antérieure à celle de la demande d’avis de conformité, soumettre une liste de brevets ou une modification apportée à une liste de brevets.

[3] Selon le ministre, les mots «date de dépôt» du paragraphe 4(4) du Règlement font référence uniquement à la date du dépôt de la demande du brevet au Canada et il a conclu que les brevets ne pouvaient être ajoutés au registre des brevets puisque la date de dépôt de la demande de brevet n’était pas antérieure à celle de la présentation supplémentaire de drogue nouvelle.

Faits

[4] Voici une chronologie des faits relatifs à chaque demande.

T-1103-01, demanderesse: Pfizer Canada Inc. (ci-après Pfizer), produit: Zithromax, dihydrate d’azithromycine (ci-après Zithromax)

[5] Pfizer constitue une société qui exploite une entreprise de fabrication et de distribution de produits pharmaceutiques.

[6] Le 29 avril 1994, une demande de brevet américain 80/235,069 a été déposée aux États-Unis au sujet de nouvelles unités posologiques orales de Zithromax. Ces nouvelles unités posologiques orales ne présentent pas d’effet indésirable à la prise de nourriture, ce qui signifie qu’elles peuvent être prises sans égard aux repas.

[7] Le 15 septembre 1994, Pfizer a déposé au Canada une présentation supplémentaire de drogue nouvelle pour de nouvelles unités posologiques orales de Zithromax, des comprimés de 250 mg. Cette présentation a été approuvée, et un avis de conformité a été émis le 21 février 1996.

[8] Le 27 avril 1995, Pfizer a déposé une demande de brevet canadien n° 2148071 à l’égard de nouveaux comprimés en unités posologiques de Zithromax (la date

patent was issued on October 17, 2000 (the '071 patent).

[9] On March 6, 1996, Pfizer filed another supplemental new drug submission for a new dosage strength of Zithromax, namely 600 mg tablets. This submission was approved and an NOC was issued on April 17, 1997.

[10] On November 13, 2000, Pfizer sought to have the '071 patent added to the patent register in respect of the Zithromax 250 mg and 600 mg tablets.

[11] By letter dated November 23, 2000, the Minister advised Pfizer that the '071 patent was eligible for listing in respect of Zithromax 600 mg tablets but could not add the 250 mg tablets as the Canadian filing date of the patent application (April, 27, 1995) does not precede the date of filing of the submission for the 250 mg tablets (September 15, 1994).

T-1120-01, Applicant: Pfizer, Product: Lipitor atorvastatin calcium (hereinafter Lipitor)

[12] Pfizer, through Parke-Davis Canada, the previous manufacturer and co-marketer, sought approval for a new drug, known as Lipitor, a lipid metabolism regulator.

[13] On July 17, 1995, U.S. patent application 60/001,452 was filed in the United States relating to this invention.

[14] On June 21, 1996, Pfizer filed a new drug submission for its Lipitor 10, 20 and 40 mg tablets. On February 19, 1997, the submission was approved and an NOC was issued. Further submissions were filed on September 25, 1997, December 31, 1998 and December 16, 2000. NOCs for these submissions were issued respectively on January 12, 1999, June 16, 2000 and December 8, 2000.

de dépôt au Canada). Le brevet a été délivré le 17 octobre 2000 (le brevet '071).

[9] Le 6 mars 1996, Pfizer a déposé une autre présentation supplémentaire de drogue nouvelle pour une nouvelle dose de Zithromax, à savoir des comprimés de 600 mg. Cette présentation a été approuvée, et un avis de conformité a été émis le 17 avril 1997.

[10] Le 13 novembre 2000, Pfizer a cherché à obtenir l'ajout du brevet '071 au registre des brevets relativement aux comprimés de 250 mg et de 600 mg de Zithromax.

[11] Au moyen d'une lettre datée du 23 novembre 2000, le ministre a informé Pfizer que le brevet '071 pouvait être ajouté à la liste relativement aux comprimés de 600 mg de Zithromax, mais non pas relativement aux comprimés de 250 mg puisque la date de dépôt au Canada de la demande de brevet (27 avril 1995) n'était pas antérieure à la date de dépôt de la demande relative aux comprimés de 250 mg (15 septembre 1994).

T-1120-01, demanderesse: Pfizer, produit: Lipitor, calcium d'atorvastatine (ci-après Lipitor)

[12] Pfizer, par l'entremise de Parke-Davis Canada, l'ancien fabricant et copromoteur, a cherché à obtenir l'approbation d'un nouveau médicament, connu comme le Lipitor, un régulateur du métabolisme lipidique.

[13] Le 17 juillet 1995, une demande de brevet américain 60/001,452 a été déposée aux États-Unis en rapport avec cette invention.

[14] Le 21 juin 1996, Pfizer a déposé une présentation de drogue nouvelle pour ses comprimés de 10, de 20 et de 40 mg de Lipitor. Le 19 février 1997, la présentation a été approuvée et un avis de conformité a été émis. D'autres présentations ont été déposées le 25 septembre 1997, le 31 décembre 1998 et le 16 décembre 2000. Les avis de conformité pour ces présentations ont été émis respectivement le 12 janvier 1999, le 16 juin 2000 et le 8 décembre 2000.

[15] On July 8, 1996, a Canadian patent application was filed and on April 17, 2001, the 2220018 patent (the '018 patent) was issued.

[16] On May 2, 2001, Pfizer sought to have the '018 patent added on the patent register.

[17] By letter dated May 23, 2001, the Minister stated that the '018 patent could not be added to the patent register as the Canadian filing date of the patent application (July 8, 1996) for the '018 patent did not precede the date of filing of the submission (June 21, 1996).

T-1104, Applicant: Schering Canada Inc. (hereinafter Schering), product: Rebetron ribavirin/interferon alfa 2-b (hereinafter Rebetron)

[18] Schering is a company that carries on business as a manufacturer and distributor of pharmaceutical products. Rebetron is a product used in the treatment of the hepatitis C virus.

[19] This new product was under development in 1997. As part of this development, inventions were made by Schering's scientists relating to a new formulation for the Rebetron capsules. On December 22, 1997, U.S. patent applications 08/997,172 and 08/997,169 were filed relating to these inventions.

[20] On April 27, 1998, Schering filed a new drug submission even though the clinical work had not yet been completed. On October 28, 1998, Schering filed another submission for the naive indicator for this product. NOCs for these submissions were issued respectively on February 26, 1999 and April 22, 1999.

[21] On December 21, 1998, Canadian patent applications were filed, which resulted in the issuance of the 2287056 patent (the '056 patent) and the 2,300,452 patent (the '452 patent).

[22] On August 15, 2000 and on November 28, 2000, Schering sought to have the '056 patent and '452 patent respectively added to the patent register. By letters dated

[15] Le 8 juillet 1996, une demande de brevet canadien a été déposée et, le 17 avril 2001, le brevet 2220018 (le brevet '018) a été délivré.

[16] Le 2 mai 2001, Pfizer a cherché à obtenir l'ajout du brevet '018 au registre des brevets.

[17] Au moyen d'une lettre datée du 23 mai 2001, le ministre a déclaré que le brevet '018 ne pouvait être ajouté au registre des brevets puisque la date de dépôt au Canada de la demande de brevet (8 juillet 1996) pour le brevet '018 n'était pas antérieure à la date de dépôt de la présentation (21 juin 1996).

T-1104, demanderesse: Schering Canada Inc. (ci-après Schering), produit: Rebetron, ribavirine et interféron (ci-après Rebetron)

[18] Schering constitue une société qui exploite une entreprise de fabrication et de distribution de produits pharmaceutiques. Le Rebetron constitue un produit utilisé dans le traitement du virus de l'hépatite C.

[19] Ce nouveau produit était en cours de mise au point en 1997. Dans le cadre de cette mise au point, des inventions ont été créées par les scientifiques de Schering en ce qui concerne une nouvelle préparation de gélules de Rebetron. Le 22 décembre 1997, des demandes de brevets américains 08/997,172 et 08/997,169 ont été déposées pour ces inventions.

[20] Le 27 avril 1998, Schering a déposé une présentation de drogue nouvelle même si le travail clinique n'était pas encore terminé. Le 28 octobre 1998, Schering a déposé une autre présentation en ce qui concerne l'indicateur novice de ce produit. Les avis de conformité de ces présentations ont été émis respectivement le 26 février 1999 et le 22 avril 1999.

[21] Le 21 décembre 1998, des demandes de brevets canadiens ont été déposées, et les brevets 2287056 (brevet '056) et 2300452 (le brevet '452) ont été délivrés.

[22] Le 15 août 2000 et le 28 novembre 2000, Schering a cherché à faire ajouter le brevet '056 et le brevet '452, respectivement, au registre des brevets. Au

September 7, 2000 and December 11, 2000, the Minister rejected the listing of both patents on the basis that the Canadian filing date of the patent applications (December 21, 1998) did not precede the filing date of the submissions (April 27, 1998).

Patent Application Filing Dates

[23] In all three cases, the applicants argue that the “filing date” set out in subsection 4(4) of the Regulations should be interpreted to be the priority filing date, which would be the date of filing in the United States, and not the Canadian filing date.

[24] In a letter dated January 23, 2001, counsel for the Minister of Health advised the applicant Pfizer that the current policy relating to filing dates may be subject to change since the matter was being referred for policy consultation.

[25] The Therapeutic Products Program (TPP) of the Ministry of Health then proposed an amendment to the Patent Medicines (Notice of Compliance) Guidance Document by letter dated February 12, 2001. The letter sought input from “Main Trade Associations”, including the interveners to the within applications. The proposed amendment would henceforth consider “filing date” to include priority date.

[26] Following the consultation exercise, the Minister declined to implement the proposed changes which had the effect of maintaining the practice that the priority date could not be used to meet the timing requirements under subsection 4(4) of the Regulations. An issue analysis on the subject entitled “Patent Application Filing Dates, Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations” was circulated to all stakeholders.

[27] The Canadian Drug Manufacturers Association (CDMA), an association representing generic drug manufacturers with respect to business, political and legal issues, was added as an intervener by order of this Court dated October 26, 2001. The order provided that the intervener’s right to appeal should be decided by the judge hearing the applications for judicial review.

moyen de lettres datées du 7 septembre 2000 et du 11 décembre 2000, le ministre a rejeté la demande d’ajout au registre au motif que la date de dépôt au Canada des demandes de brevets (21 décembre 1998) n’était pas antérieure à la date de dépôt des présentations (27 avril 1998).

Dates de dépôt des demandes de brevets

[23] Dans les trois cas, les demanderesse soutiennent que la «date de dépôt» prévue au paragraphe 4(4) du Règlement devrait être interprétée comme la date de dépôt prioritaire, ce qui correspondrait à la date de dépôt aux États-Unis et non à la date de dépôt au Canada.

[24] Dans une lettre datée du 23 janvier 2001, l’avocate du ministre de la Santé a informé la demanderesse Pfizer que la politique actuelle liée aux dates de dépôt pouvait changer puisque la question avait été renvoyée pour consultation.

[25] Le Programme des produits thérapeutiques du ministère de la Santé a alors proposé une modification au document d’orientation sur les médicaments brevetés (avis de conformité) au moyen d’une lettre datée du 12 février 2001. La lettre souhaitait la participation des [TRADUCTION] «principales associations professionnelles», dont l’intervenante aux présentes demandes. La modification proposée ferait désormais en sorte que la date prioritaire soit englobée dans la «date de dépôt».

[26] À la suite de l’exercice de consultation, le ministre a refusé de mettre en œuvre les changements proposés, ce qui a eu pour effet de maintenir la pratique selon laquelle la date prioritaire ne pouvait être utilisée afin de respecter les délais requis en vertu du paragraphe 4(4) du Règlement. Une analyse de la question intitulée «Date de dépôt d’une demande de brevet, Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)» a été transmise à tous les intervenants.

[27] L’Association canadienne des fabricants de produits pharmaceutiques (ACFPP), une association représentant des fabricants de médicaments génériques en ce qui concerne les questions d’ordre commercial, politique et juridique, a été ajoutée à titre d’intervenante par ordonnance de cette Cour datée du 26 octobre 2001. L’ordonnance prévoyait que le droit d’appel de

Legislative Framework

[28] It is useful to reproduce the pertinent statutory and regulatory provisions.

[29] The Minister of Health is the authority responsible for creating and maintaining the patent register, pursuant to section 3 [as am. by SOR/98-166, s. 2] of the Regulations:

3. (1) The Minister shall maintain a register of any information submitted under section 4. To maintain it, the Minister may refuse to add or may delete any information that does not meet the requirements of that section.

Subsection 4(4) of the Regulations reads as follows:

4. (1) . . .

(4) A first person may, after the date of filing of a submission for a notice of compliance and within 30 days after the issuance of a patent that was issued on the basis of an application that has a filing date that precedes the date of filing of the submission, submit a patent list, or an amendment to an existing patent list, that includes the information referred to in subsection (2).

Although the term “filing date” is not defined in the Regulations, it is defined in section 2 [as enacted by S.C. 1993, c. 15, s. 26] of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, as amended:

2. . . .

“filing date” means, in relation to an application for a patent in Canada, the date on which the application is filed, as determined in accordance with section 28.

Section 28 [as am. *idem*, s. 33] of the *Patent Act* reads as follows:

28. (1) The filing date of an application for a patent in Canada is the date on which the Commissioner receives the documents, information and fees prescribed for the purposes of this section or, if they are received on different dates, the last date.

(2) The Commissioner may, for the purposes of this section, deem prescribed fees to have been received on a date earlier than the date of their receipt if the Commissioner considers it just to do so.

l'intervenante devrait être tranché par le juge entendant les demandes de contrôle judiciaire.

Cadre législatif

[28] Il est utile de reproduire les dispositions législatives et réglementaires pertinentes.

[29] Le ministre de la Santé représente l'autorité responsable de créer et de tenir le registre des brevets en vertu de l'article 3 [mod. par DORS/98-166, art. 2] du Règlement:

3. (1) Le ministre tient un registre des renseignements fournis aux termes de l'article 4. À cette fin, il peut refuser d'y ajouter ou en supprimer tout renseignement qui n'est pas conforme aux exigences de cet article.

Le paragraphe 4(4) du Règlement est ainsi rédigé:

4. (1) [. . .]

(4) La première personne peut, après la date de dépôt de la demande d'avis de conformité et dans les 30 jours suivant la délivrance d'un brevet qui est fondée sur une demande de brevet dont la date de dépôt est antérieure à celle de la demande d'avis de conformité, soumettre une liste de brevets, ou toute modification apportée à une liste de brevets, qui contient les renseignements visés au paragraphe (2).

Bien que la «date de dépôt» ne soit pas définie dans le Règlement, elle est définie à l'article 2 [édicte par L.C. 1993, ch. 15, art. 26] de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, dans sa version modifiée:

2. [. . .]

«date de dépôt» La date du dépôt d'une demande de brevet, déterminée conformément à l'article 28.

L'article 28 [mod., *idem*, art. 33] de la *Loi sur les brevets* est ainsi rédigé:

28. (1) La date de dépôt d'une demande de brevet est la date à laquelle le commissaire reçoit les documents, renseignements et taxes réglementaires prévus pour l'application du présent article. S'ils sont reçus à des dates différentes, il s'agit de la dernière d'entre elles.

(2) Pour l'application du paragraphe (1), le commissaire peut, s'il estime que cela est équitable, fixer une date de réception des taxes antérieure à celle à laquelle elles ont été reçues.

[30] Sections 28.1 to 28.4 of the *Patent Act* [as enacted *idem*] deal essentially with previously regularly filed claims in Canada and in other countries.

28.1 (1) The date of a claim in an application for a patent in Canada (the “pending application”) is the filing date of the application, unless

(a) the pending application is filed by

(i) a person who has, or whose agent, legal representative or predecessor in title has, previously regularly filed in or for Canada an application for a patent disclosing the subject-matter defined by the claim, or

(ii) a person who is entitled to protection under the terms of any treaty or convention relating to patents to which Canada is a party and who has, or whose agent, legal representative or predecessor in title has, previously regularly filed in or for any other country that by treaty, convention or law affords similar protection to citizens of Canada an application for a patent disclosing the subject-matter defined by the claim;

(b) the filing date of the pending application is within twelve months after the filing date of the previously regularly filed application; and

(c) the applicant has made a request for priority on the basis of the previously regularly filed application.

(2) In the circumstances described in paragraphs (1)(a) to (c), the claim date is the filing date of the previously regularly filed application.

28.2 (1) The subject-matter defined by a claim in an application for a patent in Canada (the “pending application”) must not have been disclosed

(a) more than one year before the filing date by the applicant, or by a person who obtained knowledge, directly or indirectly, from the applicant, in such a manner that the subject-matter became available to the public in Canada or elsewhere;

(b) before the claim date by a person not mentioned in paragraph (a) in such a manner that the subject-matter became available to the public in Canada or elsewhere;

(c) in an application for a patent that is filed in Canada by a person other than the applicant, and has a filing date that is before the claim date; or

[30] Les articles 28.1 à 28.4 de la *Loi sur les brevets* [édictees, *idem*] traitent essentiellement des revendications antérieurement déposées de façon régulière au Canada et dans d’autres pays.

28.1 (1) La date de la revendication d’une demande de brevet est la date de dépôt de celle-ci, sauf si:

a) la demande est déposée, selon le cas:

(i) par une personne qui a antérieurement déposé de façon régulière, au Canada ou pour le Canada, ou dont l’agent, le représentant légal ou le prédécesseur en droit l’a fait, une demande de brevet divulguant l’objet que définit la revendication,

(ii) par une personne qui a antérieurement déposé de façon régulière, dans un autre pays ou pour un autre pays, ou dont l’agent, le représentant légal ou le prédécesseur en droit l’a fait, une demande de brevet divulguant l’objet que définit la revendication, dans le cas où ce pays protège les droits de cette personne par traité ou convention, relatif aux brevets, auquel le Canada est partie, et accorde par traité, convention ou loi une protection similaire aux citoyens du Canada;

b) elle est déposée dans les douze mois de la date de dépôt de la demande déposée antérieurement;

c) le demandeur a présenté, à l’égard de sa demande, une demande de priorité fondée sur la demande déposée antérieurement.

(2) Dans le cas où les alinéas (1)a) à c) s’appliquent, la date de la revendication est la date de dépôt de la demande antérieurement déposée de façon régulière.

28.2 (1) L’objet que définit la revendication d’une demande de brevet ne doit pas:

a) plus d’un an avant la date de dépôt de celle-ci, avoir fait, de la part du demandeur ou d’un tiers ayant obtenu de lui l’information à cet égard de façon directe ou autrement, l’objet d’une communication qui l’a rendu accessible au public au Canada ou ailleurs;

b) avant la date de la revendication, avoir fait, de la part d’une autre personne, l’objet d’une communication qui l’a rendu accessible au public au Canada ou ailleurs;

c) avoir été divulgué dans une demande de brevet qui a été déposée au Canada par une personne autre que le demandeur et dont la date de dépôt est antérieure à la date de la revendication de la demande visée à l’alinéa (1)a);

(d) in an application (the “co-pending application”) for a patent that is filed in Canada by a person other than the applicant and has a filing date that is on or after the claim date if

(i) the co-pending application is filed by

(A) a person who has, or whose agent, legal representative or predecessor in title has, previously regularly filed in or for Canada an application for a patent disclosing the subject-matter defined by the claim, or

(B) a person who is entitled to protection under the terms of any treaty or convention relating to patents to which Canada is a party and who has, or whose agent, legal representative or predecessor in title has, previously regularly filed in or for any other country that by treaty, convention or law affords similar protection to citizens of Canada an application for a patent disclosing the subject-matter defined by the claim,

(ii) the filing date of the previously regularly filed application is before the claim date of the pending application,

(iii) the filing date of the co-pending application is within twelve months after the filing date of the previously regularly filed application, and

(iv) the applicant has, in respect of the co-pending application, made a request for priority on the basis of the previously regularly filed application.

(2) An application mentioned in paragraph (1)(c) or a co-pending application mentioned in paragraph (1)(d) that is withdrawn before it is open to public inspection shall, for the purposes of this section, be considered never to have been filed.

28.3 The subject-matter defined by a claim in an application for a patent in Canada must be subject-matter that would not have been obvious on the claim date to a person skilled in the art or science to which it pertains, having regard to

(a) information disclosed more than one year before the filing date by the applicant, or by a person who obtained knowledge, directly or indirectly, from the applicant in such a manner that the information became available to the public in Canada or elsewhere; and

d) avoir été divulgué dans une demande de brevet qui a été déposée au Canada par une personne autre que le demandeur et dont la date de dépôt correspond ou est postérieure à la date de la revendication de la demande visée à l’alinéa (1)a) si:

(i) cette personne, son agent, son représentant légal ou son prédécesseur en droit, selon le cas:

(A) a antérieurement déposé de façon régulière, au Canada ou pour le Canada, une demande de brevet divulguant l’objet que définit la revendication de la demande visée à l’alinéa (1)a),

(B) a antérieurement déposé de façon régulière, dans un autre pays ou pour un autre pays, une demande de brevet divulguant l’objet que définit la revendication de la demande visée à l’alinéa (1)a), dans le cas où ce pays protège les droits de cette personne par traité ou convention, relatif aux brevets, auquel le Canada est partie, et accorde par traité, convention ou loi une protection similaire aux citoyens du Canada,

(ii) la date de dépôt de la demande déposée antérieurement est antérieure à la date de la revendication de la demande visée à l’alinéa a),

(iii) à la date de dépôt de la demande, il s’est écoulé, depuis la date de dépôt de la demande déposée antérieurement, au plus douze mois,

(iv) cette personne a présenté, à l’égard de sa demande, une demande de priorité fondée sur la demande déposée antérieurement.

(2) Si la demande de brevet visée à l’alinéa (1)c) ou celle visée à l’alinéa (1)d) a été retirée avant d’être devenue accessible au public, elle est réputée, pour l’application des paragraphes (1) ou (2), n’avoir jamais été déposée.

28.3 L’objet que définit la revendication d’une demande de brevet ne doit pas, à la date de la revendication, être évident pour une personne versée dans l’art ou la science dont relève l’objet, eu égard à toute communication:

a) qui a été faite, plus d’un an avant la date de dépôt de la demande, par le demandeur ou un tiers ayant obtenu de lui l’information à cet égard de façon directe ou autrement, de manière telle qu’elle est devenue accessible au public au Canada ou ailleurs;

(b) information disclosed before the claim date by a person not mentioned in paragraph (a) in such a manner that the information became available to the public in Canada or elsewhere.

28.4 (1) For the purposes of sections 28.1, 28.2 and 78.3, an applicant for a patent in Canada may request priority in respect of the application on the basis of one or more previously regularly filed applications.

(2) The request for priority must be made in accordance with the regulations and the applicant must inform the Commissioner of the filing date, country of filing and number of each previously regularly filed application on which the request is based.

(3) An applicant may, in accordance with the regulations, withdraw a request for priority, either entirely or with respect to one or more previously regularly filed applications.

(4) Where two or more applications have been previously regularly filed as described in paragraph 28.1(1)(a), subparagraph 28.2(1)(d)(i) or paragraph 78.3(1)(a) or (2)(a), either in the same country or in different countries,

(a) paragraph 28.1(1)(b), subparagraph 28.2(1)(d)(iii) or paragraph 78.3(1)(b) or (2)(b), as the case may be, shall be applied using the earliest filing date of the previously regularly filed applications; and

(b) subsection 28.1(2), subparagraph 28.2(1)(d)(ii) or paragraph 78.3(1)(d) or (2)(d), as the case may be, shall be applied using the earliest filing date of the previously regularly filed applications on the basis of which a request for priority is made.

(5) A previously regularly filed application mentioned in section 28.1 or 28.2 or subsection 78.3(1) or (2) shall, for the purposes of that section or subsection, be considered never to have been filed if

(a) it was filed more than twelve months before the filing date of

- (i) the pending application, in the case of section 28.1,
- (ii) the co-pending application, in the case of section 28.2,
- (iii) the later application, in the case of subsection 78.3(1), or
- (iv) the earlier application, in the case of subsection 78.3(2);

b) qui a été faite par toute autre personne avant la date de la revendication de manière telle qu'elle est devenue accessible au public au Canada ou ailleurs.

28.4 (1) Pour l'application des articles 28.1, 28.2 et 78.3, le demandeur de brevet peut présenter une demande de priorité fondée sur une ou plusieurs demandes de brevet antérieurement déposées de façon régulière.

(2) Le demandeur la présente selon les modalités réglementaires; il doit aussi informer le commissaire du nom du pays où a été déposée toute demande de brevet sur laquelle la demande de priorité est fondée, ainsi que de la date de dépôt et du numéro de cette demande de brevet.

(3) Il peut, selon les modalités réglementaires, la retirer à l'égard de la demande déposée antérieurement; dans les cas où la demande de priorité est fondée sur plusieurs demandes, il peut la retirer à l'égard de toutes celles-ci ou d'une ou de plusieurs d'entre elles.

(4) Dans le cas où plusieurs demandes de brevet ont été déposées antérieurement dans le même pays ou non:

a) la date de dépôt de la première demande est retenue pour l'application de l'alinéa 28.1(1)b), du sous-alinéa 28.2(1)d)(iii) et des alinéas 78.3(1)b) et (2)b), selon le cas;

b) la date de dépôt de la première des demandes sur lesquelles la demande de priorité est fondée est retenue pour l'application du paragraphe 28.1(2), du sous-alinéa 28.2(1)d)(ii) et des alinéas 78.3(1)d) et (2)d), selon le cas.

(5) Pour l'application des articles 28.1 et 28.2 et des paragraphes 78.3(1) et (2), une demande de brevet déposée antérieurement est réputée ne pas l'avoir été si les conditions suivantes sont réunies:

a) la demande a été déposée plus de douze mois avant la date de dépôt de la demande à l'égard de laquelle une demande de priorité a été présentée;

(b) before the filing date referred to in paragraph (a), another application

(i) is filed by the person who filed the previously regularly filed application or by the agent, legal representative or predecessor in title of that person,

(ii) is filed in or for the country where the previously regularly filed application was filed, and

(iii) discloses the subject-matter defined by the claim in the application mentioned in paragraph (a); and

(c) on the filing date of the other application mentioned in paragraph (b) or, if there is more than one such application, on the earliest of their filing dates, the previously regularly filed application

(i) has been withdrawn, abandoned or refused without having been opened to public inspection and without leaving any rights outstanding, and

(ii) has not served as a basis for a request for priority in any country, including Canada.

The Minister's decision

[31] The Minister's decision in each of the three applications is that the patent in question was not eligible for listing on the patent register as it did not meet the timing requirements of subsection 4(4) of the Regulations. While the patent list was submitted within 30 days of the issuance of the patent, the filing date of the patent application in Canada did not precede the date of filing of the new drug submission.

[32] By order of this Court dated December 28, 2001, the three within applications for judicial review and contained in Court files T-1103-01, T-1104-01 and T-1120-01 were ordered to be heard together on an expedited basis.

Issues

[33] The only issue to be determined is whether the words "filing date" in subsection 4(4) of the Regulations refer solely to the filing date of an application for patent

b) avant la date de dépôt de la demande à l'égard de laquelle une demande de priorité a été présentée, une autre demande de brevet divulguant l'objet que définit la revendication de celle-ci a été déposée:

(i) par la personne qui a déposé la demande antérieurement déposée, ou par l'agent, le représentant légal ou le prédécesseur en droit de celle-ci,

(ii) dans le pays ou pour le pays où l'a été la demande antérieurement déposée;

c) à la date de dépôt de cette autre demande — ou s'il y en a plusieurs, à la date de dépôt de la première demande —, la demande antérieurement déposée a été retirée, abandonnée ou refusée, sans avoir été accessible pour consultation et sans laisser subsister de droits, et n'a pas été invoquée pour réclamer une priorité au Canada ou ailleurs.

La décision du ministre

[31] Selon la décision du ministre relative à chacune des trois demandes, chaque brevet en question ne pouvait être ajouté au registre des brevets puisqu'il ne respectait pas les conditions relatives au délai du paragraphe 4(4) du Règlement. Bien que la liste de brevets ait été présentée au cours des 30 jours suivant la délivrance du brevet, la date de dépôt de la demande de brevet au Canada n'était pas antérieure à la date de dépôt de la présentation de drogue nouvelle.

[32] Par ordonnance de cette Cour datée du 28 décembre 2001, les trois présentes demandes de contrôle judiciaire contenues dans les dossiers de la Cour T-1103-01, T-1104-01 et T-1120-01 devaient être entendues ensemble de façon accélérée.

Questions en litige

[33] L'unique question en litige est celle qui consiste à savoir si les mots «date de dépôt», figurant au paragraphe 4(4) du Règlement, font référence

in Canada or whether they can also refer to a priority filing date.

Standard of Review

[34] There is no dispute as to the applicable standard of review. The issue before me deals with the interpretation of a regulatory provision and involves a question of law. The jurisprudence has established that in such instances the Minister should be entitled to little, if any, deference and that correctness is the proper standard of review. This is the standard I will apply in these judicial review applications. (See *Merck & Co. v. Canada (Attorney General)* (1999), 176 F.T.R. 21 (F.C.T.D.), affirmed [*sub nom. Merck & Co. v. Nu-Pharm*] (2000), 5 C.P.R. (4th) 138 (F.C.A.).)

Analysis

[35] The applicants contend that the Minister's interpretation of subsection 4(4) of the Regulations is incorrect and that his decision refusing to list the patents was therefore wrong. The applicants submit that the correct interpretation of subsection 4(4) is that the words "a filing date" includes a priority filing date and that the phrase "a filing date" should be interpreted with the help of the approach set out by the Supreme Court in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at page 41, where the Court endorsed Elmer Driedger's approach in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983):

. . . the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

[36] The applicants' position is that a plain reading of the section and the use of the words "a filing date", rather than "the filing date" or "a filing date of the application in Canada", could only lead to the conclusion that so long as there is a filing date for the patent application that precedes the submission filing date, and so long as the patent list is provided within 30 days of issuance of the patent, the first person is entitled

uniquement à la date de dépôt d'une demande de brevet au Canada ou s'ils peuvent également faire référence à une date de dépôt prioritaire.

Norme de contrôle

[34] La norme de contrôle applicable n'est pas contestée. La question dont je suis saisi porte sur l'interprétation d'une disposition réglementaire et concerne une question de droit. La jurisprudence a établi qu'en de tels cas, il n'est pas nécessaire de faire preuve d'une grande retenue à l'égard de la décision du ministre et que la norme de contrôle appropriée est celle de la décision correcte. Il s'agit de la norme que j'appliquerai dans le cadre des présentes demandes de contrôle judiciaire. (Voir *Merck & Co. c. Canada (Procureur général)* (1999), 176 F.T.R. 21 (C.F. 1^{re} inst.), confirmé par [*sub nom. Merck & Co. v. Nu-Pharm*] (2000), 5 C.P.R. (4th) 138 (C.A.F.).)

Analyse

[35] Les demanderesse prétendent que l'interprétation que le ministre fait du paragraphe 4(4) du Règlement est incorrecte et que sa décision de refuser d'ajouter les brevets à la liste était donc erronée. Elles soutiennent que l'interprétation correcte du paragraphe 4(4) prévoit que les mots «la date de dépôt» comprennent une date de dépôt prioritaire et que l'expression «la date de dépôt» devrait être interprétée grâce à l'approche établie par la Cour suprême dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, à la page 41, où la Cour a approuvé l'approche d'Elmer Driedger dans *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983):

[TRADUCTION] [. . .] il faut lire les termes [. . .] dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

[36] Selon les demanderesse, le sens ordinaire de l'article et l'emploi des mots, dans la version anglaise, «a filing date» («une date de dépôt») plutôt que «the filing date» («la date de dépôt») ou «a filing date of the application in Canada» («une date de dépôt au Canada») ne pouvaient que mener à la conclusion selon laquelle du moment qu'il y a une date de dépôt pour la demande de brevet qui est antérieure à la date de dépôt

to list the patent. They argue that such an interpretation is consistent with the plain meaning of these words and the purpose of the Regulations, namely to prevent patent infringement and Canada's international treaty obligations.

[37] The applicants raise four arguments in support of their position, each of which is contested by the respondent and the intervener:

(a) The use of the indefinite article "a" before the words "filing date" in subsection 4(4) of the Regulations supports the proposition that the words "filing date" can refer to any filing date, including the priority date;

(b) The words "filing date" are sometimes used in certain provisions of the *Patent Act* to refer to a priority date (i.e., paragraph 28.1(1)(b));

(c) In *Bayer AG v. Apotex Inc.* (1998), 84 C.P.R. (3d) 23 (F.C.T.D.) the words "filing of the application in Canada" in former section 28 of the *Patent Act* [R.S.C. 1970, c. P-4] were interpreted by this Court as including the priority filing date of a patent application; and

(d) The Minister's interpretation of subsection 4(4) of the Regulations is inconsistent with Canada's international treaty obligations, more specifically those of the Paris Convention [*Paris Convention for the Protection of Industrial Property*, March 20, 1883, as revised at Brussels on December 14, 1900, at Washington on June 2, 1911, at The Hague on November 6, 1925, at London on June 2, 1934, at Lisbon on October 31, 1958, and at Stockholm on July 14, 1967, 828 U.N.T.S. 305].

I will deal with each of these arguments in turn.

[38] The applicants argue that the use of the indefinite article "a", as apposed to the definite article "the", in subsection 4(4) of the Regulations, supports an

de la demande et du moment que la liste de brevets est fournie au cours des 30 jours suivant la délivrance du brevet, la première personne a le droit d'ajouter le brevet à la liste. Elles soutiennent qu'une telle interprétation est compatible avec le sens ordinaire de ces mots et avec l'objet du Règlement, à savoir empêcher la violation du brevet et des obligations conventionnelles internationales du Canada.

[37] Les demandereses soulèvent quatre arguments au soutien de leur position, qui sont contestés par le défendeur et l'intervenante:

a) l'emploi, dans la version anglaise du paragraphe 4(4) du Règlement, de l'article indéfini «a», devant les mots «*filing date*» («date de dépôt»), soutient la proposition selon laquelle les mots «*filing date*» («date de dépôt») peuvent faire référence à toute date de dépôt, y compris la date prioritaire;

b) les mots «date de dépôt» sont parfois employés dans certaines dispositions de la *Loi sur les brevets* pour faire référence à une date prioritaire (c.-à-d. l'alinéa 28.1(1)b));

c) dans l'arrêt *Bayer AG c. Apotex Inc.* (1998), 84 C.P.R. (3d) 23 (C.F. 1^e inst.), les mots «dépôt d'une demande au Canada» de l'ancien article 28 de la *Loi sur les brevets* [S.R.C. 1970, ch. P-4] ont été interprétés par cette Cour de façon à inclure la date de dépôt prioritaire d'une demande de brevet;

d) l'interprétation faite par le ministre du paragraphe 4(4) du Règlement n'est pas compatible avec les obligations conventionnelles internationales du Canada, plus particulièrement celles de la Convention de Paris [*Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*, 20 mars 1883, révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Lisbonne le 31 octobre 1958 et à Stockholm le 14 juillet 1967, 828 N.U. R.T. 305].

Je me pencherai sur chacun de ces arguments.

[38] Les demandereses soutiennent que l'emploi, dans la version anglaise du paragraphe 4(4) du Règlement, de l'article indéfini «a», par opposition à

interpretation that a filing date is not meant to be restricted to just one filing date (i.e. the Canadian filing date) but to any filing date (i.e. either the priority filing date or the Canadian filing date).

[39] Any ambiguity that may have been created by the use of the indefinite article in the English version of the Regulation is dispelled by the French version which uses a definite article and reads: “*dont la date de dépôt est antérieure*”. The French version would lend support to the respondent’s position that the term “filing date” refers solely to one date, namely the Canadian filing date.

[40] Where there is ambiguity or contradiction in two official versions of an enactment reconciliation must be attempted. In cases where one version is itself ambiguous, while the other is plain and unequivocal, the jurisprudence has favoured the latter. (See *Tupper v. The Queen*, [1967] S.C.R. 589.) The courts have also adopted an approach that would favour a more narrow meaning over a broader one in the practice of attempting to find a shared or common meaning in the two enactments. (See P. A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd. ed. (Toronto: Carswell, 2000), at page 326.)

[41] I am guided by the above-cited authorities in my attempt to find a shared or common meaning in the two enactments. The French version in the case at bar, is unambiguous and is narrower than the interpretation of the English version submitted by the applicants in that it refers to “*la date de dépôt*” as opposed to “a filing date”. I therefore have no difficulty in favouring the narrower meaning as reflected in the French version of the enactment.

[42] I am also of the view that by adopting a narrower meaning, and interpreting “filing date” to mean the “Canadian filing date” is consistent with the intention of Parliament since the term “filing date” is expressly defined in the *Patent Act* as the Canadian filing date.

[43] Determination of the main issue in these applications, that is the interpretation of the words

l’article défini «*the*», appuie l’interprétation selon laquelle une date de dépôt ne doit pas être restreinte à une seule date de dépôt (c.-à-d. la date de dépôt au Canada), mais à tout autre date de dépôt (c.-à-d. la date de dépôt prioritaire ou la date de dépôt au Canada).

[39] Une ambiguïté qui peut avoir été créée par l’emploi de l’article indéfini dans la version anglaise du Règlement peut être corrigée par la version française qui emploie l’article défini et qui est ainsi rédigée: «*dont la date de dépôt est antérieure*». La version française étayerait la position du défendeur selon laquelle l’expression «*filing date*» «*date de dépôt*» fait référence uniquement à une date, à savoir la date de dépôt au Canada.

[40] Lorsqu’il y a une ambiguïté ou une contradiction entre deux versions officielles d’un texte législatif, il faut tenter de les concilier. Dans les cas où une version en elle-même est ambiguë alors que l’autre est claire et non équivoque, la jurisprudence a favorisé cette dernière version. (Voir *Tupper c. The Queen*, [1967] R.C.S. 589.) Les tribunaux ont également adopté une approche qui favoriserait un sens plus étroit lorsqu’il est question de tenter de trouver un sens commun entre les deux versions d’un texte législatif. (Voir P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 3^e éd. (Montréal: Éditions Thémis, 1999, à la page 412.)

[41] Je suis guidé par les textes cités pour tenter de trouver un sens qui est commun aux deux versions. La version française en l’espèce n’est pas ambiguë et a un sens plus étroit que l’interprétation de la version anglaise présentée par les demanderessees puisqu’elle fait référence à «*la date de dépôt*» par opposition à «*a filing date*». Par conséquent, je n’ai aucune difficulté à favoriser le sens plus étroit de la version française du texte législatif.

[42] Je suis également d’avis que l’adoption d’un sens étroit et l’interprétation de «*date de dépôt*» de façon à signifier «*date de dépôt au Canada*» sont compatibles avec l’intention du législateur puisque l’expression «*date de dépôt*» est expressément définie dans la *Loi sur les brevets* comme la date de dépôt au Canada.

[43] La détermination de la principale question en litige dans les présentes demandes, soit celle de

“a filing date” in the Regulations, will not turn on the use of an indefinite or definite article in the Regulations although it is a factor to be considered.

[44] The term “filing date” is not defined in the Regulations but is defined in section 2 and subsection 28(1) of the *Patent Act*.

[45] The definition of “filing date” in section 2 of the *Patent Act* is exhaustive and, in my view, unambiguous. “Filing date” in the *Patent Act*, is expressly defined as the date on which a patent application is filed in Canada and not the priority date. In addition, as discussed above, the French version leaves no doubt that “filing date” refers to the Canadian filing date as defined in section 28. Authority under the Regulations must be exercised within the scope of the *Patent Act*. Having regard to the definition of “filing date” in section 2 of the *Patent Act*, it would be unreasonable, in my view, to attribute a meaning to “filing date” other than that provided for and defined in the Act, that is to say the Canadian filing date.

[46] The applicants further contend that the phrase “filing date” is used in at least three contexts under the *Patent Act*:

1. the Canadian filing date;
2. the priority filing date; and,
3. the international filing date where an application is filed based on the *Patent Cooperation Treaty* [June 19, 1970, [1990] Can T.S. No. 22].

[47] The applicants point to the following sections of the Act in support of the argument that the phrase “filing date” is not restricted to a Canadian filing date but could also include a priority filing date:

(a) In each of subsections 28.4(2) and 28.4(4) the reference to “filing date” clearly is referring only to the priority filing date;

(b) In paragraph 28.1(1)(b) “filing date” is used twice, once to refer to the Canadian filing date and the second

l’interprétation des mots «date de dépôt», ne tournera pas autour de l’emploi d’un article indéfini ou défini dans le Règlement, même s’il s’agit d’un facteur à considérer.

[44] L’expression «date de dépôt» n’est pas définie dans le Règlement, mais plutôt à l’article 2 et au paragraphe 28(1) de la *Loi sur les brevets*.

[45] La définition de «date de dépôt» de l’article 2 de la *Loi sur les brevets* est exhaustive et, à mon avis, non ambiguë. La «date de dépôt» de la *Loi sur les brevets* est expressément définie comme la date à laquelle une demande de brevet est déposée au Canada et non la date prioritaire. De plus, comme on l’a indiqué ci-dessus, la version française ne laisse aucun doute que la «date de dépôt» fait référence à la date de dépôt au Canada selon la définition de l’article 28. Le pouvoir découlant du Règlement doit être exercé dans le cadre de la portée de la *Loi sur les brevets*. Compte tenu de la définition de «date de dépôt» de l’article 2 de la *Loi sur les brevets*, il ne serait pas raisonnable, à mon avis, d’attribuer un sens à «date de dépôt» autre que celui attribué par la Loi, soit la date de dépôt au Canada.

[46] Les demanderesse prétendent, en outre, que l’expression «date de dépôt» est employée dans au moins trois contextes en vertu de la *Loi sur les brevets*:

1. la date de dépôt au Canada;
2. la date de dépôt prioritaire;
3. la date de dépôt international lorsqu’une demande est déposée en vertu du *Traité de coopération en matière de brevets* [19 juin 1970, [1990] R.T. Can. n° 22].

[47] Les demanderesse soulignent les articles suivants de la Loi au soutien de l’argument selon lequel l’expression «date de dépôt» n’est pas limitée à une date de dépôt au Canada mais pourrait également inclure une date de dépôt prioritaire:

a) dans chacun des paragraphes 28.4(2) et 28.4(4), la référence à «date de dépôt» ne fait manifestement référence qu’à la date de dépôt prioritaire;

b) à l’alinéa 28.1(1)b), l’expression «date de dépôt» est employée deux fois, une fois pour faire référence à la

time to refer to the priority filing date;

(c) In subsection 28(1) the reference to “filing date” is to the Canadian filing date;

(d) In subsection 10(1) the reference to “filing date” is used twice, once to refer to the Canadian filing date and the second time to refer to the priority filing date; and

(e) In some instances, it may even refer to an international filing date.

[48] I disagree with the applicants argument. Paragraph 28.1(1)(b), subsections 28.4(2) and 28.4(4) of the Act essentially deal with the previously regularly filed applications in other countries. Since the term “filing date” in subsection 4(4) of the Regulations refers to Canadian patents, reference to other provisions in the Act relating to patents filed in other countries is of little help in construing subsection 4(4). The term “filing date” is consistently used in the *Patent Act* to refer to the date on which the application is filed in Canada.

[49] I agree with the submissions of the intervenor that the Act uses the term “claim date”, not the term “filing date”, to refer to a previously regularly filed application or the priority date. Section 2 of the Act defines “claim date” [as enacted by S.C. 1993, c. 15, s. 26]:

2. . . .

“claim date” means the date of a claim in an application for a patent in Canada, as determined in accordance with section 28.1.

Subsection 28.1(1) provides that a claim date is the priority date if the three conditions in paragraphs 28(1)(a) through (c) are met. I am of the view that the definition of a “claim date” would be meaningless if the term “filing date” and “priority date” could be used interchangeably. It is therefore reasonable to conclude

date de dépôt au Canada et la deuxième fois pour faire référence à la date de dépôt prioritaire;

c) au paragraphe 28(1), la référence à la «date de dépôt» vise la date de dépôt au Canada;

d) au paragraphe 10(1), la référence à la «date de dépôt» est employée deux fois, une pour désigner la date de dépôt au Canada et la deuxième fois pour désigner la date de dépôt prioritaire;

e) dans certains cas, elle peut même faire référence à la date de dépôt international.

[48] Je ne souscris pas à l’argument des demanderesse. L’alinéa 28.1(1)b) et les paragraphes 28.4(2) et 28.4(4) de la Loi traitent essentiellement des demandes antérieurement déposées de façon régulière dans d’autres pays. Comme l’expression «*filing date*» («date de dépôt») du paragraphe 4(4) du Règlement fait référence à des brevets canadiens, la référence à d’autres dispositions de la Loi portant sur des brevets déposés dans d’autres pays n’est pas très utile pour interpréter le paragraphe 4(4). L’expression «date de dépôt» est constamment employée dans la *Loi sur les brevets* pour faire référence à la date à laquelle la demande est déposée au Canada.

[49] Je souscris aux arguments de l’intervenante selon lesquels la version anglaise de la Loi emploie l’expression «*claim date*» (date de la revendication) et non l’expression «*filing date*» («date de dépôt»), pour faire référence à une demande antérieurement déposée de façon régulière ou à la date prioritaire. L’article 2 de la version anglaise de la Loi définit ainsi l’expression «*claim date*» [édicte par L.C. 1993, ch. 15, art. 26]:

2. [. . .]

“*claim date*” means the date of a claim in an application for a patent in Canada, as determined in accordance with section 28.1.

Le paragraphe 28.1(1) prévoit que la date de la revendication est la date prioritaire si les trois conditions des alinéas 28(1)a) à c) sont remplies. Je suis d’avis que la définition de «*claim date*» serait vide de sens si les expressions «date de dépôt» et «date prioritaire» pouvaient être employées de façon interchangeable. Par

that had the Governor in Council intended to refer to the priority date in subsection 4(4) of the Regulations, the term “claim date” would have been used.

[50] At the risk of stating the obvious, the *Patent Act* is Canadian legislation and provides for the grant of a patent to an inventor, “if an application for the patent in Canada is filed” (see subsection 27(1) [as am. *idem*, s. 31] of the *Patent Act*). Moreover, the *Patent Act* specifically defines “filing date” to be the Canadian filing date. In my view, any reference to “filing date” in the Act, or in the Regulations thereunder, must be read with regard to this definition. Such an interpretation is consistent with other provisions of the *Patent Act* and the Regulations which, for the most part, explicitly set out, in the context of the specific section, when “filing date” is meant as a date other than the Canadian filing date.

[51] I therefore conclude that the words “a filing date”, read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme of the Act and the intention of Parliament, should be interpreted to be exhaustive and refer solely to the filing date for an application for patent in Canada.

[52] The applicants rely on a decision of Mr. Justice Gibson in *Bayer AG v. Apotex Inc.* (1998), 84 C.P.R. (3d) 23 (F.C.T.D.) (*Bayer*) wherein my colleague, in considering former section 28, held that a Canadian patent is entitled to the benefit of the priority filing date.

[53] In the *Bayer* case, Mr. Justice Gibson held that the Chilean “patent” had not issued when the Canadian application was filed and concluded that the “foreign patent bar” provided for in the former subsection 28(2) of the *Patent Act* did not disentitle Bayer from obtaining the Canadian patent. By way of *obiter*, Justice Gibson added that on the facts of that case, and with respect to the Act as it then read, “references to ‘filing’ of an application in Canada in subsection 28(2) are not simply

conséquent, il est raisonnable de conclure que si le gouverneur en conseil avait eu l’intention de faire référence à la date prioritaire au paragraphe 4(4) du Règlement, le terme «*claim date*» aurait été employé.

[50] Même si ce que j’énonce peut sembler une évidence, la *Loi sur les brevets* est une loi canadienne et prévoit l’octroi d’un brevet à un inventeur «*if an application for the patent in Canada is filed*» (si la demande de brevet est déposée) (voir la version anglaise du paragraphe 27(1) [mod., *idem*, art. 31] de la *Loi sur les brevets*). En outre, la *Loi sur les brevets* définit précisément la «date de dépôt» comme la date de dépôt au Canada. À mon avis, toute référence à la «date de dépôt» dans la Loi ou dans le Règlement adopté sous son régime doit être lue en regard de cette définition. Une telle interprétation est compatible avec d’autres dispositions de la *Loi sur les brevets* et du Règlement qui, en grande partie, établissent explicitement, dans le contexte de l’article en particulier, à quel moment la «date de dépôt» signifie une autre date que la date de dépôt au Canada.

[51] Par conséquent, je conclus que les mots «date de dépôt», lus dans leur contexte entier et selon leur sens grammatical et ordinaire, harmonieusement avec le modèle de la Loi et l’intention du législateur, devraient être interprétés comme étant exhaustifs et comme faisant référence uniquement à la date de dépôt d’une demande de brevet au Canada.

[52] Les demanderesse se fondent sur une décision de M. le juge Gibson rendue dans l’arrêt *Bayer AG c. Apotex Inc.* (1998), 84 C.P.R. (3d) 23 (C.F. 1^{re} inst.) (*Bayer*) où mon collègue, en examinant l’ancien article 28, a conclu qu’un brevet canadien donnait droit au bénéfice de la date de dépôt prioritaire.

[53] Dans l’arrêt *Bayer*, le juge Gibson a conclu que le «brevet» chilien n’avait pas été accordé lors du dépôt de la demande au Canada et a conclu que l’«empêchement en raison d’un brevet étranger» prévue dans l’ancien paragraphe 28(2) de la *Loi sur les brevets* ne privait pas Bayer de son droit d’obtenir un brevet canadien. Au moyen d’une remarque incidente, le juge Gibson a ajouté que, selon les faits de cette affaire et la Loi ainsi qu’elle était rédigée, «des mentions relatives au

to the actual filing but to any effective or priority filing date to which the applicant is entitled by virtue of subsection 29(1)” (paragraph 55 of *Bayer*).

[54] I am of the view that the *Bayer* case has limited application to the case at bar. Mr. Justice Gibson had to consider the novelty requirements under the *Patent Act*, as it then read, and no consideration was given to the Regulations. Further, the current provisions of the *Patent Act* clearly distinguish between a “filing date” and a priority or claim date. This distinction was not part of the *Patent Act* that was considered by Mr. Justice Gibson in *Bayer*.

[55] Having determined that subsection 4(4) of the Regulations and section 2 and subsection 28(1) of the Act are clear and unambiguous, there is no need, in my view, to have recourse to the international conventions as intrinsic aids to interpretation. Mr. Justice Bastarache in *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597, at paragraph 129, wrote that where a statutory provision offends international law principles of jurisdiction, there is a presumption that the provision must be interpreted in conformity with those international law principles unless the offending interpretation is clear and unmistakable. The learned Justice cited Pigeon J. in *Daniels v. White and The Queen*, [1968] S.C.R. 517, at page 541:

. . . Parliament is not presumed to legislate in breach of a treaty or in any manner inconsistent with the comity of nations and the established rules of international law. . . if a statute is unambiguous, its provisions must be followed even if they are contrary to international law, as was said recently in *Inland Revenue Commissioners v. Colloco Dealings Ltd.* ([1962] A.C. 1), where all relevant authorities are reviewed. In that case, the House of Lords came to the conclusion that the intent of Parliament was clear and unmistakable and, therefore, the plain words of a statute could not be disregarded in order to observe the comity of nations and the established rules of international law. However, the principle of construction was recognized as applicable in a proper case.

“dépôt” d’une demande au Canada au paragraphe 28(2) ne visent pas simplement le dépôt réel, mais toute date où prend effet le dépôt ou date prioritaire à laquelle a droit le requérant en vertu du paragraphe 29(1)» (paragraphe 55 de la décision *Bayer*.)

[54] Je suis d’avis que l’arrêt *Bayer* possède une application limitée à la présente affaire. Le juge Gibson devait se pencher sur les exigences de nouveauté en vertu de la *Loi sur les brevets*, ainsi qu’elle était rédigée, et n’a pas examiné le Règlement. En outre, les dispositions actuelles de la *Loi sur les brevets* établissent manifestement une distinction entre la «date de dépôt» et la date prioritaire ou celle de la revendication. Cette distinction ne faisait pas partie de la *Loi sur les brevets* qu’a examinée le juge Gibson dans l’arrêt *Bayer*.

[55] Ayant décidé que le paragraphe 4(4) du Règlement et l’article 2 ainsi que le paragraphe 28(2) de la Loi sont clairs et non ambigus, je ne crois pas qu’il soit nécessaire d’avoir recours aux conventions internationales comme outils intrinsèques pour leur interprétation. M. le juge Bastarache dans l’arrêt *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597, au paragraphe 129, a indiqué que lorsqu’une disposition législative va à l’encontre des principes du droit international en matière de compétence, une présomption veut que la disposition soit interprétée de manière compatible avec les principes du droit international, à moins que l’interprétation contraire au droit international ne soit claire et dénuée de toute ambiguïté. Le savant juge a cité M. le juge Pigeon dans l’arrêt *Daniels c. White and The Queen*, [1968] R.C.S. 517, à la page 541:

[TRADUCTION] [. . .] le législateur est réputé ne pas légiférer en violation d’un traité ni à l’encontre de la courtoisie internationale ou des règles établies de droit international. [. . .] si une loi est dénuée d’ambiguïté, ses dispositions doivent être observées même si elles s’opposent au droit international, comme il a été jugé récemment dans *Inland Revenue Commissioners c. Colloco Dealings Ltd.* ([1962] A.C. 1), où toute la jurisprudence pertinente a été évoquée. Dans cette affaire, la Chambre des lords a conclu que la volonté du législateur était claire et dénuée de toute ambiguïté et, par conséquent, que les termes sans équivoque d’une loi ne pouvaient être écartés afin d’observer la courtoisie internationale et les principes reconnus de droit international. Cependant, il y avait lieu d’appliquer ce principe d’interprétation dans les cas s’y prêtant.

[56] Even if I had found ambiguity in the Act and the Regulations, with regards to the interpretation to be afforded “a filing date”, I am not convinced that the Minister’s interpretation of subsection 4(4) of the Regulations or section 2 and subsection 28(1) of the *Patent Act* is inconsistent with the Paris Convention, the *North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America* [December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2] (NAFTA) or with the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* [Annex 1C of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, signed in Marrakesh, Morocco, 15 April 1994, 1867 U.N.T.S. 3] (TRIPS).

[57] Both NAFTA and TRIPS impose an obligation to comply with the Paris Convention. It is therefore useful to reproduce the pertinent articles of the Paris Convention.

Paragraph 1 of Article 2 of the Paris Convention provides:

Article 2

(1) Nationals of any country of the Union shall, as regards the protection of industrial property, enjoy in all the other countries of the Union the advantages that their respective laws now grant, or may hereafter grant, to nationals; all without prejudice to the rights specially provided for by this convention. Consequently, they shall have the same protection as the latter, and the same remedy against any infringement of their rights, provided that the conditions and formalities imposed upon nationals are complied with. [Underlining added.]

Article 4B of the Paris Convention provides:

Article 4

B. – Consequently, any subsequent filing in any of the other countries of the Union before the expiration of the periods referred to above shall not be invalidated by reason of any acts accomplished in the interval, in particular, another filing, the publication or exploitation of the invention, the putting on sale of the copies of the design, or the use of the mark, and such acts cannot give rise to any third-party right or any right of

[56] Même si j’avais conclu qu’il y avait une ambiguïté dans la Loi et le Règlement, en ce qui concerne l’interprétation à accorder à la «date de dépôt», je ne suis pas convaincu que l’interprétation qu’a fait le ministre du paragraphe 4(4) du Règlement ou de l’article 2 et du paragraphe 28(1) de la *Loi sur les brevets* était incompatible avec la Convention de Paris, l’*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d’Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique* [le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2] (ALÉNA) ou l’*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* [Annexe 1C de l’*Accord de Marrakech instituant l’Organisation mondiale du commerce*, signé à Marrakech, au Maroc, le 15 avril 1994, 1867 N.U.R.T. 3] (l’Accord sur les ADPIC).

[57] L’ALÉNA et l’Accord sur les ADPIC imposent une obligation de respect de la Convention de Paris. Par conséquent, il est utile de reproduire les articles pertinents de la Convention de Paris.

L’alinéa 1 de l’article 2 de la Convention de Paris prévoit que:

Article 2

(1) Les ressortissants de chacun des pays de l’Union jouiront dans tous les autres pays de l’Union, en ce qui concerne la protection de la propriété industrielle, des avantages que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, le tout sans préjudice des droits spécialement prévus par la présente Convention. En conséquence, ils auront la même protection que ceux-ci et le même recours légal contre toute atteinte portée à leurs droits, sous réserve de l’accomplissement des conditions et formalités imposées aux nationaux. [Soulignement ajouté.]

L’article 4B de la Convention de Paris prévoit que:

Article 4

B. – En conséquence, le dépôt ultérieurement opéré dans l’un des autres pays de l’Union, avant l’expiration de ces délais, ne pourra être invalidé par des faits accomplis dans l’intervalle, soit, notamment, par un autre dépôt, par la publication de l’invention ou son exploitation, par la mise en vente d’exemplaires du dessin ou du modèle, par l’emploi de la marque, et ces faits ne pourront faire naître aucun droit de

personal possession. Rights acquired by third parties before the date of the first application that serves as the basis for the right of priority are reserved in accordance with the domestic legislation of each country of the Union.

[58] The applicants argue that the Minister's interpretation of "filing date" in subsection 4(4) of the Regulations places patentees who file their patent applications first in a country other than Canada at a disadvantage compared to patentees who choose to file first in Canada. Such an interpretation results in unequal treatment depending upon which country they file first in and is, according to the applicants, contrary to Article 2, paragraph 1 of TRIPS which provides that member states shall comply with the Paris Convention.

[59] Essentially, the applicants argue that an interpretation of "filing date" in subsection 4(4) of the Regulations that refers only to the Canadian filing date would result in a loss of rights during the priority period, contrary to the Paris Convention, in particular, the equality of national treatment provided for in Article 2.

[60] A careful review of the pertinent articles of the Paris Convention leads me to adopt the more compelling position advanced by the intervener on this issue which I incorporate in the following paragraphs of these reasons.

[61] Under subsection 4(4) of the Regulations, "nationals" of Canada and "nationals" of any other country are entitled to the same advantages provided they comply with the same conditions and formalities. This requirement to comply with the same conditions and formalities is specifically provided for in paragraph 1 of Article 2 of the Paris Convention.

[62] Further, Article 4B of the Paris Convention speaks of a subsequent filing "not be invalidated" by reason of an intervening act. I am of the view that Canada complies with article 4B by allowing a party

tiers ni aucune possession personnelle. Les droits acquis par des tiers avant le jour de la première demande qui sert de base au droit de priorité sont réservés par l'effet de la législation intérieure de chaque pays de l'Union.

[58] Les demanderesse soutiennent que l'interprétation du ministre de la «date de dépôt» au paragraphe 4(4) du Règlement place les brevetés qui déposent leur demande de brevet en premier dans un autre pays que le Canada en désavantage comparativement aux brevetés qui choisissent de déposer en premier leur demande au Canada. Une telle interprétation entraîne un traitement inégal en fonction du pays où ils ont déposé leur demande en premier et, selon les demanderesse, est contraire à l'article 2, paragraphe 1 de l'Accord sur les ADPIC qui prévoit que les États membres doivent se conformer à la Convention de Paris.

[59] Essentiellement, les demanderesse soutiennent qu'une interprétation de la «date de dépôt» du paragraphe 4(4) du Règlement qui fait référence uniquement à la date de dépôt au Canada entraînerait la perte de droits lors de la période prioritaire, ce qui serait contraire à la Convention de Paris, en particulier à l'égalité du traitement national prévu à l'article 2.

[60] Un examen minutieux des articles pertinents de la Convention de Paris m'amène à adopter la position la plus convaincante avancée par l'intervenante relativement à cette question que j'intègre dans les paragraphes suivants des présents motifs.

[61] En vertu du paragraphe 4(4) du Règlement, les «nationaux» du Canada et les «nationaux» de tout autre pays ont droit aux mêmes avantages dans la mesure où ils se conforment aux mêmes conditions et formalités. Cette exigence de respect des mêmes conditions et formalités est précisément prévue à l'alinéa 1 de l'article 2 de la Convention de Paris.

[62] En outre, l'article 4B de la Convention de Paris indique qu'un dépôt ultérieurement opéré «ne pourra être invalidé» par des faits nouveaux. Je suis d'avis que le Canada se conforme à l'article 4B en permettant à une

that files a foreign patent application to claim priority in Canada under paragraph 28.1(1)(c) of the Act, in the circumstances set out in paragraphs 28.1(1)(a) and (b). The effect of such priority is set out at paragraphs 28.1 to 28.4 of the Act. Interpreting “filing date” as the Canadian filing date, as did the Minister, does not constitute an “act” that “invalidates” the subsequent Canadian filing. A patent which cannot be listed under the Regulations does not thereby become invalid. The patentee can always enforce its patent rights by action. The scope of the Regulations does not impact upon patent rights.

[63] For the above reasons, I conclude that the Minister was correct in interpreting the phrase “filing date” in subsection 4(4) of the Regulations to refer solely to the filing date of an application for patent in Canada. The Minister’s refusal to list the patents was therefore correct.

[64] The applications for judicial review will accordingly be dismissed.

[65] In view of the fact that my disposition favours the position advanced by the intervener, it is not necessary for me to determine whether leave to appeal ought to be granted to the intervener.

ORDER

[66] THIS COURT ORDERS that:

1. The applications for judicial review are dismissed.
2. The respondent shall have its costs on each of the applications.

partie qui dépose une demande de brevet étranger de revendiquer la priorité au Canada en vertu de l’alinéa 28.1(1)c) de la Loi, dans les circonstances établies aux alinéas 28.1(1)a) et b). L’effet d’une telle priorité est établi aux articles 28.1 à 28.4 de la Loi. L’interprétation de la «date de dépôt» comme étant la date de dépôt au Canada, telle qu’adoptée par le ministre, ne constitue pas un «fait» qui «invalide» le dépôt canadien ultérieur. Un brevet qui ne peut être ajouté à une liste en vertu du Règlement ne devient donc pas invalide. Le breveté peut toujours faire appliquer ses droits afférents au brevet au moyen d’une action. La portée du Règlement n’a pas d’incidence sur les droits afférents au brevet.

[63] Pour les motifs précités, je conclus que le ministre avait raison d’interpréter l’expression «date de dépôt» du paragraphe 4(4) du Règlement comme faisant référence uniquement à la date de dépôt d’une demande de brevet au Canada. Le refus du ministre d’ajouter les brevets à la liste était donc correct.

[64] En conséquence, les demandes de contrôle judiciaire seront rejetées.

[65] À la lumière du fait que ma décision favorise la position mise de l’avant par l’intervenante, il n’est pas nécessaire que je décide si une autorisation d’en appeler doit être accordée à l’intervenante.

ORDONNANCE

[66] CETTE COUR ORDONNE que:

1. les demandes de contrôle judiciaire soient rejetées;
2. le défendeur ait droit à ses dépens pour chacune des demandes.

DIGESTS

Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Removal of Refugees

Application for stay of departure order at time when order has not been converted into deportation order by force of law under Immigration Act, s. 32.02(1) as no certificate of departure has been issued within period presented under Immigration Regulations, s. 27—Conditional departure order issued against applicant on day arrived in Canada, made refugee claim (July 14, 1997)—In May 1998, found not to be Convention refugee, denied leave to commence judicial review proceedings—February 1999 H&C application for landing denied in December 2000, leave to commence judicial review proceedings denied—Post-determination Refugee Claimants in Canada (PDRCC) application denied; determination would not be at risk should he return to Sri Lanka—Since PDRCC decision, departure order no longer conditional, provisions of Regulations, s. 27(2)(b) operative; applicant advised has 30 days to leave Canada voluntarily—Application dismissed—*Essiaw v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2001 FCT 1108; [2001] F.C.J. No. 1520 (T.D.) (QL) applied—Jurisdiction in Federal Court to stay departure, but would be premature to do so as no point in ordering Minister to desist when Minister does not propose to act—Also, well recognized by Court that in some circumstances, judicial stay can be issued barring removal officer's action under Act, s. 48 from executing removal order as soon as practicable—Removal order defined in Act, s. 2 to mean, *inter alia*, departure order—More importantly, words “where a departure order is stayed” in Regulations, s. 27(2)(d) would have no meaning if confined to statutory stay provided under Act, s. 49(1) as statutory stay thereunder not available to person determined not to be member of PDRCC—*Rajan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 86 F.T.R. 70 (F.C.T.D.), consistently followed in Federal Court, holding that unless any removal arrangements have been made, removal date given stay application premature—Sound rationale: gives applicant choice to voluntarily comply

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

with departure order; leaving Canada with certificate of departure allows applicant to re-enter Canada without requirement of Minister's permit; leaves it up to Minister to prioritize scheduling of removal of persons in Canada as matter of administrative policy—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1), 32.02(1) (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 22), 48, 49(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 16; S.C. 1990, c. 8, s. 52)—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 27.

ANANDAPPA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2464-02, 2002 FCT 701, Lemieux J., order dated 20/6/02, 8 pp.)

JUDICIAL REVIEW

Federal Court Jurisdiction

Jurisdictional issue regarding appropriate forum for consideration of effect of applicants' “Notice of Withdrawal of a Convention Refugee Claim”, respondent's “Notification Confirming Withdrawal of a Convention Refugee Claim”—Applicants have filed application for reinstatement of refugee claim under Convention Refugee Determination Division Rules, s. 34(1)—Matter currently before Refugee Division—Issue of validity of withdrawal of applicants' Convention refugee claims more appropriately dealt with by Refugee Division pursuant to applicants' request for reinstatement of claims under s. 34(1)—While Refugee Division best forum for resolution of these issues, Court also properly seized of matter under application for judicial review, could not now decline jurisdiction—Resolution of “jurisdictional issue” independent of issue regarding conditional removal order—Latter having no bearing on question of proper forum for determination of validity of withdrawals, not properly before Court as preliminary matter in application—Absent discontinuance, withdrawal of application for judicial review, not open to

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

Court to decline jurisdiction—Court ordering application for judicial review to proceed—Convention Refugee Determination Division Rules, SOR/93-45, s. 34(1).

ARNDORFER V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3861-00, 2002 FCT 674, Layden-Stevenson J., order dated 14-6-02, 4 pp.)

STATUS IN CANADA*Citizens*

Appeal under Citizenship Act, s. 14(5) from Citizenship Judge's decision applicant not qualifying for citizenship—Appeal from first refusal of citizenship allowed with direction application be reconsidered by another Citizenship Judge, taking into account medical evidence as to applicant's inability to learn new language—On reconsideration Citizenship Judge found applicant lacked necessary knowledge to be granted citizenship—As to exercise of discretion, Citizenship Judge specifically referring to opinion of psychological associate indicating applicant lacking organizational, orientating and analytic skills (foundation skills) which underlie written language, but still denying citizenship—Appeal under s. 14(5) restricted to decision under s. 14(2)—No appeal from exercise of Citizenship Judge's discretion under s. 15(1)—Only remedy by way of judicial review—Court assuming jurisdiction to avoid requiring applicant to bring application for judicial review under Federal Court Act, s. 18.1, seek extension of time (which would be granted in circumstances)—Applying *Khat (Re)* (1991), 49 F.T.R. 252 (F.C.T.D.), open to Court to refer matter back to Citizenship Judge if not satisfied relevant factors taken into account in exercise of discretion under s. 15(1)—Citizenship Judge failed to consider relevant evidence or misapprehended "medical" evidence—Compared applicant to other applicants who have used "incredible Link [*sic*] program" and stated applicant has many opportunities in Canada to improve on education—Patently unreasonable finding of fact made without regard to evidence—Perverse in that medical evidence establishing applicant not having foundation skills to be able to use LINC program, i.e. English language education—Citizenship Judge failed to understand applicant has taken advantage of opportunity to improve her education, but mentally unable to take advantage of opportunity because of learning disability—Matter referred to new Citizenship Judge because relevant factors not taken into account, namely mental inability of applicant to benefit from LINC program and to improve education in English language—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 14 (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 23), 15—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

HASSAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T-1119-00, 2002 FCT 755, Kelen J., order dated 9/7/02, 8 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued*Convention Refugees*

Application for judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee—Applicant, citizen of Iran, claiming well-founded fear of persecution on basis of perceived political opinions—Decided to flee after part-time employee arrested with anti-regime flyers in applicant's company car—CRDD found applicant's story regarding culminating incident, on day of students' demonstrations and turmoil in Tehran, surrounding departure from Iran not plausible or credible and concluded that applicant not Convention refugee—Issues whether CRDD failed to assess credible evidence before it to determine well-foundedness of applicant's fear of persecution; whether CRDD committed reviewable error in assessment of evidence with regard to well-foundedness of applicant's claim—Application allowed—As to applicable standard of review, CRDD has complete jurisdiction to determine plausibility of testimony, and findings not open to judicial review so long as inferences drawn not so unreasonable as to warrant intervention: *Aguebor v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 160 N.R. 315 (F.C.A.); so long as reasons supported by evidence before panel—Even if Tehran in turmoil on day of culminating incident, if applicant or employee not directly involved in students' demonstrations, applicant's inquiry into whether employee driving his car involved in accident not implausible—Also, insufficient evidence to support CRDD's finding not plausible that employee's family did not take action or had not gotten back to applicant—No evidence family had knowledge of arrest—Finding therefore based on speculation—No evidence to support CRDD's finding that not plausible for client, Department of Justice employee, to obtain information and details of investigation in just few hours—Not reasonably open to CRDD to find not plausible that authorities would not have visited claimant during 24 hours that elapsed before applicant allegedly fled, especially during period of intense crackdown on dissidents—Finding on international driver's licence not sufficiently material to afford it import that would warrant general finding of lack of credibility or rejection of claim—In conclusion, many of plausibility findings discussed above not reasonably open to CRDD—Contradictions found by CRDD not material or of such import as to warrant general finding of lack of credibility or rejection of claim—CRDD's findings of implausibility made without regard for evidence before it and therefore perverse, warranting intervention of Court.

DIVSALAR V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1246-01, 2002 FCT 653, Blanchard J., order dated 10/6/02, 15 pp.)

Judicial review of CRDD decision applicants not Convention refugees—CRDD's statement applicants resided in Greece for seven years before arriving in Canada inconsistent with port of entry notes indicating applicants resided in Greece for only three years before arriving in

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

Canada—Such error of fact patently unreasonable, having impact on CRDD's conclusion with respect to credibility, sufficiently important to justify Court's intervention—CRDD refusing applicant's motion to have immigration officer, interpreter cross-examined at hearing with respect to inconsistencies in immigration officer's port of entry notes on ground would not resolve issue of applicants' stay in Greece—Breach of rules of natural justice where evidence so central—CRDD also erred in law by relying upon fraudulent documents, namely Greek business licence, minor applicant's health book, as evidence of length of stay in Greece—Finally CRDD breached rules of natural justice by not conducting pre-hearing conference as requested by applicants' counsel and in accordance with Convention Refugee Determination Division Rules, r. 20—Application allowed—Convention Refugee Determination Division Rules, SOR/93-45, r. 20.

JAUPI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2086-01, 2002 FCT 658, Kelen J., order dated 11/6/02, 4 pp.)

Application for judicial review of decision of Immigration and Refugee Board applicant not Convention Refugee—Applicant citizen of Uganda belonging to Iteso ethnic grouping—Family, community of birth active politically with Uganda People's Congress (UPC)—Applicant, family assaulted by men in military uniforms, two of whom armed—Applicant fled to Zambia where remained as undocumented refugee—Arrived in Canada on visitor's visa on April 13, 1999—Board commenting upon lack of evidence submitted by applicant to support claim of membership in UPC—Relying on findings concerning role of George Okurapa—Court accepting applicant's submissions about capricious findings of fact by Board which misapprehended evidence concerning George Okurapa—Finding influenced Board concerning applicant's political identity—Board made finding in perverse, capricious manner, without regard to evidence before it—Improperly, unfairly interfered with line of examination introduced by counsel for applicant in response to specific issue identified by Board—Transcript giving rise to serious doubt as to procedural fairness with which applicant's hearing conducted—Application allowed.

OJAKOL V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3081-01, 2002 FCT 628, Heneghan J., order dated 31/5/02, 11 pp.)

Judicial review of Immigration and Refugee Board's decision applicant not Convention refugee—Applicant citizen of Chile—Alleging well-founded fear of persecution based on membership in particular social group, i.e. visually impaired—Suffered many incidents of discrimination because of her guide dog—Dismissed from employment at radio station because would not leave dog at home—Board looked at fact

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

applicant held four different positions teaching English as second language, concluded applicant would have means of earning livelihood if returned to Chile—Found applicant able to obtain various positions of employment even though terminated from most recent job because brought seeing-eye dog to her employment—Such conclusion not supported by evidence—Rests on employment history prior to obtaining guide dog—Since obtaining guide dog, only job applicant had was at radio station from which terminated—Previous positions part-time, insufficient to support applicant—By failing to fully address employment history, particularly since acquiring guide dog, Board could not properly determine if serious restriction imposed on applicant's right to obtain livelihood amounted to persecution—Measures of discrimination may amount to persecution in cases where result in serious prejudice for person concerned, e.g. serious restriction on one's right to earn livelihood—Board made finding of fact without properly appreciating evidence before it, therefore erred in manner justifying intervention.

SOTO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3734-01, 2002 FCT 768, Tremblay-Lamer J., order dated 10/7/02, 8 pp.)

Application for judicial review of Tribunal's decision dismissing Convention refugee claim—Applicant, born in Egypt, made refugee claim in Canada based on fear of persecution because of her religion, Coptic denomination of Christianity—At start of hearing, Tribunal questioned why applicant not taking oath to tell truth on Bible, preferring solemn affirmation—Tribunal denied applicant's claim on basis, *inter alia*, found her testimony inconsistent, lacking credibility—Tribunal finding documentary evidence to effect government of Egypt taking active steps to deal with militant Muslims targeting Christians—Application allowed—Applicant arguing Tribunal's questioning of refusal to swear on Bible made her uneasy, affecting her ability to answer questions, thereby depriving her of right to fair hearing—Applicant arguing impossible for anyone to determine extent to which taint permeated other issues as they were, in part at least, anchored on findings of fact reached by Tribunal based on its assessment of applicant's testimony—Even if possible breach of rules of natural justice did not have major influence, this kind of breach of natural justice must vitiate proceedings.

KOZMAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3877-01, 2002 FCT 714, Lemieux J., order dated 28/6/02, 7 pp.)

Permanent Residents

Judicial review of visa officer's refusal of permanent residence—Applicant's daughter, born in 1981, suffers from mild to moderate mental retardation, Down's Syndrome—Two prior applications for permanent residence refused—

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

Application for judicial review of second decision allowed on ground breach of procedural fairness as not giving applicant answers to questions about doctor's opinion daughter's admission to Canada would place "excessive demands" on Canadian social services—Reed J. also commenting in *obiter* on need to consider individual's particular circumstances—Canadian medical officer subsequently addressing nine specific questions posed previously by applicant's counsel, explaining how each considered on facts of applicant's daughter's own case—Not addressing what specific services may be needed and for how long—Also not lengthy examination of probability of need of such services—Applicant's counsel responding that disagreed with answers to his questions—Visa officer finding applicant's daughter's admission to Canada would result in excessive demands on Canadian social services, rendering family inadmissible pursuant to Immigration Act, s. 19(1)(a)(ii)—Application allowed—With respect to social services, one must be considered eligible, and such application entails consideration of whether applicant able to contribute to all or any part of cost thereof: Developmental Services Act, General Regulation, Education Act—Applicant likely to be required to pay for any services used because has means to do so—Thus no demands caused by admission of applicant with respect to social services—Case law divided on question of whether applicant's wealth should be considered in assessing excessive demands on social services—While Pelletier J. finding wealth not relevant in *Poon v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 198 F.T.R. 56 (F.C.T.D.), Reed J. finding incongruous to admit permanent resident because has significant financial resources, but then refuse to consider same resources when assessing admissibility of dependant in *Wong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 141 F.T.R. 62 (F.C.T.D.)—Reed J.'s approach would not apply to medical services—Respondent submitting services in North York and Ontario should not be considered because applicant free to move around within Canada—*Poste v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 5 Admin. L.R. (3d) 69 (F.C.T.D.) holding medical opinion must be founded firmly on individual's personal circumstances and all circumstances of case, including degree of family support, particular resources of community—Visa officer referred to number of social services not appearing anywhere in evidence—Assumed such services available, provided free of charge, or that shortage of these services—Based refusal on assumption applicant's dependant will be eligible for such services to be provided to her free of charge despite provision in Developmental Services Act, Education Act for contribution from parents or her trust fund—Also assumed daughter will likely use these services, even though evidence indicated would not—Important that here talking about social, not medical, services—Not permitted to obtain medical services on private basis in Canada, but no such

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

restriction on social services—Indeed, persons who can afford to pay for social services must do so—Reviewable error as no evidence medical officers or visa officer considered specific services available in particular community where applicant chose to reside—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(a)(ii)—Developmental Services Act, R.S.O. 1990, c. D.11—Developmental Services Act General Regulation, R.R.O. 1990, Reg. 272—Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2.

WONG V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6060-99, 2002 FCT 625, McKeown J., order dated 31/5/02, 12 pp.)

Judicial review of visa officer's decision applicant not validly adopting wife's niece, no existing parent-child relationship—Immigration Regulations, 1978, s. 2(1) definition of "adopted" requiring two-step process: must determine (1) whether foreign adoption laws complied with; (2) whether parent-child relationship created—(1) Formal adoption order issued by court in Sri Lanka and declaration under oath by applicant, wife in support of petition for adoption order before visa officer, who formed opinion adoption not legal as applicants submitted false information claiming to have no children of this marriage and submitted false address of residence under oath to courts—Patently unreasonable for visa officer to ignore effect at law of final Court order and to decide in absence of cogent evidence that order pronounced by court in Sri Lanka insufficient to establish fact of adoption made in accordance with laws of Sri Lanka—(2) Issue of *bona fides* of adoption question of fact—Visa officer considered only that niece initially left behind with neighbour in Jaffna when rest of family went to Colombo—Reason given to visa officer so that niece could complete classroom studies—Subsequently joined aunt, uncle in Colombo—Other relevant evidence that applicant, wife had care of, control over niece for past nine years since mother died when she was six years old—Conclusion no genuine parent-child relationship unreasonable—Based solely on inference of abandonment, although conduct equally consistent with another conclusion—In ignoring another equally plausible explanation for conduct, preponderance of evidence as to existence of genuine relationship visa officer committed reviewable error—Application allowed—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2(1) "adopted" (as am. by SOR/93-44, s. 1).

SINNAH V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5954-00, 2002 FCT 822, Dawson J., order dated 25/7/02, 8 pp.)

Humanitarian and Compassionate Considerations

Judicial review of immigration officer's denial of application for leave to apply for landing from within Canada

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

on humanitarian and compassionate grounds—Applicant born in India in 1987—Litigation guardian, also born in India, now Canadian citizen—In 1993 adoption ceremony performed in India, adoption deed registered, litigation guardian filed undertaking of assistance to sponsor applicant's entrance to Canada as adopted son—Application for visa rejected—Applicant continued to live in India with grandparents, although visited parents regularly—In 1998 applicant arriving in Canada illegally—In 1998 adoption order issued in Ontario—Immigration officer's CAIPS notes indicating requested applicant's counsel to leave as constant interruptions disruptive—Applicant interviewed without counsel (paralegal) present—Finding adoption not genuine, but not mentioning Ontario adoption—Application allowed—Standard of review reasonableness *simpliciter*—(1) As not required, interview, if held, not required to take on aspects of judicial process: *Charles v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 241 N.R. 398 (F.C.A.)—*Charles* not overtaken by subsequent case law, including *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817—L'Heureux-Dubé J. in *Baker* clearly indicating interview or hearing not essential component of duty of fairness required on applications for humanitarian and compassionate relief—Where interview afforded, must be directed to ensuring applicant, others whose important interests affected by decision in fundamental way given meaningful opportunity to present case—But open to immigration officer to conduct interview as sees fit—Open to immigration officer to exclude applicant's counsel from interview—No breach of duty of fairness in manner in which interview conducted—(2) While adoption in accordance with provincial laws not determinative of adoptive relationship between adoptive child, adopting parents for immigration purposes, it is relevant factor to be considered, particularly where best interests of child at issue—Ontario Child and Family Services Act (OCFSA), s. 136(2) listing factors to be considered in Ontario adoption proceeding—Relate to best interests of child, not merely to suitability of adoptive parents—List of factors broad enough to encompass applicant's circumstances, including relationship with natural parents, lack of status in Canada, relationship with proposed adoptive parents—S. 157 providing adoption order under OCFSA final, irrevocable, subject only to appropriate appeals, and that adoption shall not be reviewed in any court—Review or adoption order in context of discretionary process directed to validly enacted immigration law, policy not within purview s. 157—No evidence before immigration officer relating to evidence before judge who granted Ontario adoption and what considerations, if any took into account relating to best interests of applicant—Immigration officer's obligation to examine “with a great deal of attention” best interests of child, combined with respect for laws of province, validly enacted, actions taken by appropriately constituted courts pursuant to

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

such legislation, creating onus on immigration officer to acknowledge Ontario adoption in notes constituting reasons for decision; and, if not satisfied information before her relating to adoption sufficient to permit effective consideration of best interest of child as impacted by adoption, onus on immigration officer to so advise applicant, provide reasonable opportunity for such information to be provided—In absence of evidence on face of reasons immigration officer gave appropriate consideration to impact of Ontario adoption in context of examining “with a great deal of attention” best interests of applicant, decision made in reviewable error—(3) Immigration officer not taking into account irrelevant considerations—Weighing of all relevant information matter for immigration officer—Child and Family Services Act, R.S.O. 1990, c. C.11, ss. 136(2), 157.

CHEEMA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2187-01, 2002 FCT 638, Gibson J., order dated 4/6/02, 16 pp.)

COMPETITION

Application for *mandamus* order requiring respondent to provide information pursuant to Competition Act, s. 10(2) concerning applicant's application for inquiry under Act, s. 9—Between May 1999 and March 2001, applicant submitted numerous complaints to Competition Bureau, alleging conduct in contravention of Act by Delta Controls Systems Inc., manufacturer of energy management systems, authorized distributor, Durell Control Systems Inc.—Bureau finding no basis to believe further inquiry into possible breach of Act warranted, appropriate—S. 9 application with respect to which applicant sought to compel status report under Act, s. 10(2)—Respondent has fully performed legal duty owed to applicant by investigating complaints, determining inquiry not warranted, advising him of result—Only difference between applicant's current application, previous complaints way in which inquiry initiated—Once complainant exhausted one of different routes, rights must be spent subject to presenting material new evidence—Applicant not having legal right to have same complaint investigated by Commissioner repeatedly without new evidence being presented—Granting of *mandamus* order purely discretionary—Applicant's actions amounting to abuse of process—Balance of convenience not favouring issuing of *mandamus* order as administrative cost that would follow obvious, unacceptable—Application dismissed—Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 9 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.)), c. 19, s. 22; S.C. 1999, c. 2, ss. 6, 37(b)), 10 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.)), c. 19, s. 23; S.C. 1999, c. 2, ss. 7, 37(c); c. 31, s. 45).

CHARRETTE V. CANADA (COMMISSIONER OF COMPETITION) (T-1703-01, 2002 FCT 698, Tremblay-Lamer J., order dated 20/6/02, 11 pp.)

EMPLOYMENT INSURANCE

Application for judicial review of umpire's decision allowing respondent's appeal from Board of Referees' decision reversing Commission's determination applicant did not qualify for regular employment insurance benefits because, as teacher, not entitled to receive benefits during non-teaching period—Application dismissed—Applicant, teacher hired for one year contract ending June 25, 1999—June 11, 1999 letter advising applicant rehired for further year under contract for position for coming school year—Applicant claimed for employment insurance benefits for months of July and August during which applicant still paid amounts owed to him from first contract in form of “hold back pay” whereby teacher's pay spread over twelve months—Umpire found applicant not unemployed during months of July and August within meaning of Employment Insurance Regulations, s. 33(2)—Case of *Ying v. Canada*, [1998] F.C.J. No. 1615 (F.C.A.) (QL) distinguished as teacher therein did not receive hold back pay throughout summer—*Canada (Attorney General) v. Partridge* (1999), 245 N.R. 163 (F.C.A.), holding teacher receiving hold back pay not entitled to unemployment benefits, applied—Furthermore, June 11, 1999 letter informing applicant rehired for “1999-2000 school year” and Newfoundland Schools Act, 1997 defining school year as “commencing on July 1 in calendar year ending June 30 in following calendar year”—Thus, applicant not out of work at all and paid during entire period for which claiming EI benefits—To allow applicant to receive employment insurance for summer months would effectively be doubly compensating him for that period of time—Employment Insurance Regulations, SOR/96-332, s. 33(2)—Schools Act, 1997, S.N.L. 1997, c. S-122, s. 2 “school year”.

BISHOP V. CANADA (EMPLOYMENT INSURANCE COMMISSION) (A-151-01, 2002 FCA 276, Sexton J.A., judgment dated 26/6/02, 5 pp.)

HUMAN RIGHTS

Application for judicial review of CHRC decision to deal with, inquire into wage discrimination complaint filed by Syndicat des communications de Radio-Canada (SCRC) based on Canadian Human Rights Act, s. 11—Issue whether gist of dispute raised by SCRC falling within collective agreement concluded between Corporation and SCRC, thus within exclusive jurisdiction of grievance adjudicator, to exclusion of Commission—Collective agreement containing clause prohibiting discrimination on grounds of sex, final grievance resolution clause by grievance and arbitration—Canada Labour Code containing full privative clause for arbitral awards—Application dismissed—Applicable standard of judicial review here being correctness—Settled law, only clear legislative pronouncement ousting application of Canadian Human Rights Act, s. 41(1): *Société Radio-Canada v. Leila Paul*, [1999] 2 F.C. 3 (T.D.)—In *Ford Motor Co. of Canada*

HUMAN RIGHTS—Continued

v. Ontario (Human Rights Commission), [2001] O.J. No. 4937 (QL) (C.A.), Ontario Court of Appeal held human rights legislation quasi-constitutional, can only be excluded by clear pronouncement to that effect—Code, s. 60 not excluding jurisdiction of Commission; would have been necessary to do so expressly—To overturn application of Act, clear and unambiguous legislative provision necessary, not case here—Gist of matter not determined by implementation or interpretation of collective agreement, but by negotiation that took place between parties, namely, Corporation and SCRC—As law not finally settled by courts, in view of appeals before Supreme Court of Canada, no costs awarded—To ensure lasting industrial peace in employer-union dealings, would be in Parliament's interest to give jurisdiction to single authority to decide disputes involving employment, human rights—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 11, 41(1) (as am. by S.C. 1995, c. 44, s. 49)—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 60 (as am. by S.C. 1998, c. 26, s. 27).

CANADIAN BROADCASTING CORPORATION V. SYNDICAT DES COMMUNICATIONS DE RADIO-CANADA (FCN-CSN) (T-1219-00, 2002 FCT 793, Beaudry J., order dated 16/7/02, 15 pp.)

Judicial review of Canadian Human Rights Tribunal's denial of motion to amend two “pay equity” complaints—Union filed three group complaints against Bell Canada, alleging sex discrimination in wages paid to employees in three groups of predominantly female employees, in comparison to employees in three comparable, predominantly male, classes of employees—Employer, unions initiating Joint Pay Equity Study—Study concluded patterns of disparity in compensation of Bell's unionized employees, indicating female-dominated jobs received less per hour than male-dominated jobs of equal value—When settlement attempts failed, complaints filed—Subsequently filed amendments to original complaints changing category of comparable predominantly male job class from specific job classes to job classes referred to in Final Report of Joint Study—Commission produced three investigation reports, all referring to amended complaints—Reports included recommendation amended complaints be referred to Tribunal—Complaints referred to Tribunal by letters listing complaints, but only one complaint referred to as “as amended”—Tribunal subsequently dismissing Commission's motion for amended complaints to replace originals—Application allowed—(1) As Tribunal's decision based on question of law, standard of review correctness—(2) This interlocutory decision subject to review—*Citizens' Mining Council of Newfoundland and Labrador Inc. v. Canada (Minister of the Environment)* (1999), 17 Admin. L.R. (3d) 287 (F.C.T.D.) holding interlocutory decision subject to judicial review if defines scope of ultimate decision and of sufficient importance—

HUMAN RIGHTS—Continued

Amendments to complaints defining scope of Tribunal hearing, decision; of sufficient significance that applicant need not wait until Tribunal's decision to commence judicial review—*Groupe G. Tremblay Syndics Inc. v. Canada (Superintendent of Bankruptcy)*, [1997] 2 F.C. 719 (T.D.) holding interlocutory decision having final effect on applicant's rights subject to judicial review—As complainants' right to have full, proper human rights complaints heard by Tribunal affected by interlocutory decision, this interlocutory ruling affecting parties' final rights, subject to judicial review—Additionally, Court will entertain applications for judicial review of interlocutory decision where Tribunal finding not having jurisdiction on matter affecting final rights of parties—Tribunal framed its decision denying amendments as matter of lacking jurisdiction—(3) Tribunal erred in failing to amend complaints in view of fact amended complaints subject of investigation, recommendations considered by Commission in decision to refer complaints to Tribunal—Also, F.C.A. noted in *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada*, [1999] 1 F.C. 113 that Commission mistakenly omitted words "as amended" in reference to complaints—Tribunal clearly has jurisdiction to amend at any time complaint to bring it into conformity with nature of proceedings before it: *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970—Echoed in F.C. decisions with respect to amendment to pleadings under Federal Court Rules, 1998, r. 75—Moreover, since Commission can file amended complaints at any time, logical for Commission to seek leave to amend original complaints mistakenly filed—Amendments occurred before complaints referred to Tribunal—Motion to amend attempt to correct obvious error, bring Tribunal proceedings in line with relevant evidence, not attempt to bring wholly new complaints into a proceeding already in progress—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 75.

CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) V. CANADIAN TELEPHONE EMPLOYEES ASSN. (T-1809-00, 2002 FCT 776, Kelen J., order dated 11/7/02, 16 pp.)

Judicial review of Canadian Human Rights Commission's dismissal of applicant's complaint alleging discrimination on basis of age, race by former employer, Bank of Nova Scotia—Complaint dismissed under Canadian Human Rights Act, s. 44(3)(b)(i), requiring Commission to dismiss complaint if satisfied, having regard to all circumstances of complaint, inquiry into complaint not warranted—In role under s. 44 Commission performing discretionary screening function—Entitled to great deference—Standard of review reasonableness—As Commission delegating investigation, sensible that investigator would parse, summarize submissions, submit to Commission record limited to report, responses thereto—Consistent with Commission's practice of

HUMAN RIGHTS—Continued

having investigator submit only original complaint, investigator's report, parties' responses—Although parties made additional submissions, i.e. bank's response to applicant's complaint, and applicant's subsequent rebuttal, received with apparent intention that they be considered only by investigator in process of compiling report to Commission—Common practice of CHRC at investigation stage to prepare summaries of respondent's position, provide summaries to complainant for rebuttal—But respondent apparently receiving complete, unedited versions of applicant's submissions for comment—Applicant alleging constituting procedural unfairness—Both parties availing themselves of opportunity to respond to report upon investigator's invitation—Investigator set timelines, 10-page limit for submissions—Applicant submitted comments on 8 ½ pages 12 days before deadline—Investigator sent applicant's submission to respondent so that it could respond to any new points raised—Respondent submitted 24-page document 17 days after deadline, including point-by-point response to applicant's submission and 40 pages of appendices, including entire original submission—Applicant submitting imbalance constituting procedural unfairness—In order for fair basis to exist for Commission to evaluate whether tribunal should be appointed pursuant to s. 44(3)(a) investigation conducted prior to this decision must be neutral and thorough: *Slattery v. Canada (Human Rights Commission)*, [1994] 2 F.C. 574 (T.D.)—Investigation must not be biased or unfair: *Miller v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* (1996), 112 F.T.R. 195 (F.C.T.D.)—If record before Commission flawed, decision itself flawed—Fairness requiring parties be afforded "opportunity" to respond to investigator's report—Applicant's opportunity to respond herein compromised—Commission erred in accepting bank's final submission—Bank's submission improper in that ignored purpose, filed outside page, time limits—Fairness requiring any such limits be applied in even-handed manner—Improper submission should be rejected or ignored by Commission or be subject to reply by applicant—Commission had before it improper or flawed Record—Decision therefore based on flawed, improper evidentiary basis—Complainant had no opportunity to object as unaware of existence—Breach of procedural fairness—Application allowed—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 44(3)(b)(i) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 64).

LEE V. BANK OF NOVA SCOTIA (T-2198-00, 2002 FCT 753, Layden-Stevenson J., order dated 9/7/02, 17 pp.)

Appeal from Applications Judge's decision (2001), 201 F.T.R. 226 (F.C.T.D.) allowing application for judicial review of Canadian Human Rights Commission's dismissal of Ms. Singh's complaint—Applications Judge holding Commission's investigation not thorough as not addressing issue of discrimination—Judicial review of Commission's

HUMAN RIGHTS—Concluded

decision warranted where investigative omission cannot be rectified by complainant's submission in response: *Slattery v. Canada (Human Rights Commission)*, [1994] 2 F.C. 574 (T.D.); affd (1996), 205 N.R. 383 (F.C.A.)—Investigator not inquiring into substance of argument employer's purported explanations for dismissal pretext for real reasons behind dismissal—Public Service Commission report on which investigator relied to determine reason for dismissal not exploring possibility real reason behind dismissal age, nationality, ethnic origin—No submission by Ms. Singh could cure investigator's error—Notwithstanding Commission's broad discretion to dismiss unfounded complaint, decision based on improper investigation not reasonable since defect exists in evidentiary foundation on which Commission rested conclusion—Appeal dismissed.

SINGH V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-239-01, 2002 FCA 247, Malone J.A., judgment dated 11/6/02, 4 pp.)

INCOME TAX

Application for judicial review with respect to judgment of Tax Court of Canada dismissing appeal from MNR's decision refusing to refund portion of contributions made by applicant as employer under Canada Pension Plan—Applicant's employees overpaying contributions for period in issue by amounts which have since been identified, refunded—No basis for refusing employer's claim for refund of equal amounts—No other ground suggested by respondent to justify conclusion amount of employer's overpayment of contributions not equal to overpayment computed by Minister with respect to employees—Application allowed—Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8.

AGPRO SERVICES V. M.N.R. (A-34-00, 2002 FCA 253, Noël J.A., order dated 11/6/02, 3 pp.)

INCOME CALCULATION*Deductions*

Appeal from Tax Court's decision ([2001] 2 C.T.C. 2714) allowing appeal against reassessments under Income Tax Act with respect to 1996, 1997 taxation years—Income Tax Act, s. 56(1)(v) requiring inclusion in income and s. 110(1)(f) permitting deduction in computing taxable income of compensation received under federal, provincial employees' or workers' compensation law in respect of injury, disability, death—Tax Court holding compensation received by respondent while unable to work by reason of work-related injury within ss. 56(1)(v), 110(1)(f)—Holding compensation received pursuant to collective agreement, but nevertheless received "under" New Brunswick Workers' Compensation Act—In so concluding, relied on terms of collective agreement, which adopt disability certification process of

INCOME TAX—Continued

Workers' Compensation Board of New Brunswick—Appeal allowed—Compensation paid, received under collective agreement, and pursuant to its terms—That one such term required work-related injury of respondent to be certified by Workers' Compensation Board not altering fact compensation paid, received under collective agreement, not under Compensation Act, particularly as arrangement under which Board providing employer with disability certification process extra-statutory—Furthermore compensation payments made in manner inconsistent with Act—Compensation not paid "under" Compensation Act—Respondent would have no recourse under Compensation Act if compensation ceased being paid without cause, reason—Wording of ss. 56(1)(v), 110(1)(f) excludes payments made to disabled worker by employer under long-term disability program—No ambiguity in these provisions—Interpretation Bulletin IT-220R2 raising ambiguity inasmuch as appearing to contemplate compensation within relevant provisions even though not paid, received under compensation law—Act itself reflects no such ambiguity—Bulletin, non-statutory document cannot create ambiguity where none exists in Act—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 56(1)(v) [as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. III, s. 13], 110(1)(f) [as am. *idem*, s. 49]—Workers' Compensation Act, R.S.N.B. 1973, c. W-13.

CANADA V. WHITNEY (A-305-01, 2002 FCA 266, Noël J.A., judgment dated 21/6/02, 6 pp.)

Application for judicial review of Tax Court of Canada decision upholding Minister's refusal to grant applicant overseas employment tax credit (OETC) in 1997 taxation year—Minister's refusal based on determination applicant did not comply with Income Tax Act, s. 122.3 as being independent contractor, not employee of Stem Applications Inc.—Applicant highly specialized engineer having expertise in installation, maintenance of computers, related machinery used in manufacture of cans—In 1997, Stem bid to perform services for two American companies, entered into contracts with both—Applicant performed services, lived outside Canada for more than six months—Residents of Canada generally taxed on world-wide income—OETC available to reduce Canadian tax liability of individuals who perform work duties as employee of Canadian corporation in foreign country—Tax Court Judge committed several errors in disposition of case—First, Judge "pierced corporate veil" by looking beyond corporate entity itself to assess applicant's actions—Lifting corporate veil contrary to long-established principles of corporate law—Absent allegation corporation constitutes "sham", vehicle for wrongdoing on part of putative shareholders, statutory authorization to do so, court must respect legal relationships created by taxpayer—Tax Court Judge erred in law by inquiring into economic realities of relationship as between Stem and applicant, when not authorized by statute, common law to do so—Judge

INCOME TAX—Continued

committed further error in concluding applicant not employee of Stem—Did not take into account well-established principle corporation has own juridical identity distinct from shareholders—Judge correct to conclude tools, equipment held by Stem, indicating employment relationship—However, findings regarding control, chance of profit, risk of loss erroneous—Stem, not applicant, with whom third parties contracted for latter's expertise; within Stem's legal power, as corporation, to control applicant—Judge erred in finding control lay in hands of applicant in personal capacity—With respect to chance of profit, risk of loss, profits, loss accrue to Stem, not to applicant—Minister has not met evidentiary burden placed upon him in application—Application allowed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 122.3 (as enacted by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 99; c. 21, s. 56; 1997, c. 25, s. 31).

MEREDITH V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-443-01, 2002 FCA 258, Malone J.A., judgment dated 3/7/02, 8 pp.)

PENALTIES

Application for judicial review of MNR's decision denying applicant's request, under Income Tax Act, s. 220(3.1) "fairness provision", for waiver of penalties and interest with respect to applicant's personal income tax for 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 taxation years—Application dismissed—In matters involving exercise of discretion, reviewing court may intervene only where decision made in bad faith, relevant facts ignored, irrelevant facts taken into consideration, decision contrary to law—Not function of Court to examine merits of applicant's claim—No basis to argument, invoking fairness, because applicant successful in request for waiver of interest and penalties with respect to GST/HST claim, should also be successful in request in relation to personal income tax—Even if there were evidence relative to information upon which ministerial delegate's decision in relation to GST/HST made, inconsistency in decisions not ground for judicial review: *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756—Requests for relief made by applicant relating to different times; although covering same time frame, made at different times; made under different statutes, by different ministerial delegates—Each case must be decided on merits—Second argument, failure to give reasons, also fails—Respondent's record, containing various documents pertaining to applicant's request, including completed departmental fairness request summary as well as financial information provided by applicant, coupled with correspondence providing sufficient reasons for decision—Applicant could have requested production of those documents, but did not do so—Information provided in respondent's record in any event—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 220 (3.1)

INCOME TAX—Concluded

(as enacted by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 181; Sch. VIII, s. 127).

CHAPMAN V. M.N.R. (T-1561-01, 2002 FCT 655, Layden-Stevenson J., order dated 21/6/02, 7 pp.)

INTERNAL TRADE

Judicial review of determination by Canadian International Trade Tribunal (CITT) government procurement unclear, breached requirements of Agreement on Internal Trade, Art. 506(6), North American Free Trade Agreement, Art. 1013—CITT first rejecting submission complaint not timely—Public Works issued Request For Proposal (RFP) for planning, acquisition of computer equipment for Human Resources Development Canada on April 2, 2001—Hewlett-Packard incumbent contractor—Following issuance of RFP, some 135 questions posed by bidders answered by Public Works in Solicitation Amendments published from time to time—Main argument between parties revolved around how term "partitioning" to be interpreted—Relevant questions, answers found in Amendments dated May 7, May 18 and June 5, 2001—Both Hewlett-Packard, IBM having compliant bids, but IBM successful bidder—Hewlett-Packard delivering two formal objections on September 17 and 21—Canadian International Trade Tribunal Procurement Inquiry Regulations, s. 6(1) requiring potential suppliers to file complaints no later than 10 working days after day on which basis of complaint becomes known or reasonably should have become known to potential supplier—Applications allowed—(1) Within CITT's jurisdiction to decide whether complaint time-barred—No legal issue as to interpretation of s. 6(1)—Determination of starting point herein pure question of fact—CITT's knowledge of procurement process placing it in best position to decide when complainant aware or reasonably should have become aware of basis of complaint—Standard of review patent unreasonableness—(2) Complaints grounded on interpretation of terms of RFP should be made within 10 days from moment alleged ambiguity or lack of clarity became or normally ought to have become apparent—But where latent ambiguity, i.e. ambiguity only coming to one's attention at later stage in process, CITT holding time for filing complaints not beginning to run until something triggering potential supplier's awareness of existence of latent ambiguity—CITT's reasons as to timeliness not addressing issue of whether answer to last relevant question should have attracted Hewlett-Packard's attention and incited it to take immediate action—In absence of reasoned explanation, CITT's claim for deference weakened—If Hewlett-Packard of opinion that clear answer (both single and multiple operating system environments acceptable) contradicted procurement requirements, should have filed complaint immediately instead of waiting until procurement process over—

INTERNAL TRADE—Concluded

Regulations seeking to discourage precisely this type of attitude—Impossible to conclude latent ambiguity—Patently beyond reason for CITT to have found Hewlett-Packard only aware of ground of complaint on September 12, 2001 (date successful bidder identified)—Any doubt as to effect of answer should have been raised when Amendment published—Patently unreasonable for CITT not to dismiss complaints as time-barred—Agreement on Internal Trade, *Canada Gazette*, Part I, Vol. 129, No. 17 (29 April 1995), Art. 506(6)—North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2, Art. 1013—Canadian International Trade Tribunal Procurement Inquiry Regulations, SOR/93-602 (as am. by SOR/95-300, s. 2), s. 6(1).

IBM CANADA LTD. V. HEWLETT-PACKARD (CANADA) LTD. (A-173-02, A-178-02, 2002 FCA 284, Décaré J.A., judgment dated 4/7/02, 14 pp.)

MARITIME LAW**PRACTICE**

Motion for summary judgment filed by plaintiff—Action against defendants and ship *Haida Monarch* in respect of logs, transported pursuant to contract, lost in Gulf of Alaska when ship listed suddenly to port and then rolled violently to starboard—Cargo of logs covered by Lloyd's Maritime Cargo Policy No. MR9800187 (Policy)—Claim brought in name of Pacifica Papers Inc. by its underwriters who issued Policy—Motion for summary judgment brought with respect to defences raised by amendments to amended statement of claim—Plaintiff submitting defendants not “insureds” under Policy, therefore appropriate case for summary judgment in their favour—Defendants contend “insureds” under Policy, and if case appropriate for summary judgment, judgment should be in their favour—Motion dismissed—Contract provided each party to take out insurance on its own interests—Issue whether appropriate case for summary judgment—General principles thereon set out in *Granville Shipping Co. v. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 F.C. 853 (T.D.), applied—Test therein recently affirmed in *ITV Technologies Inc. v. WIC Television Ltd.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 174 (F.C.A.)—Test not met—Based on submissions of parties, determination of issue of whether defendants “insureds” under policy far too complex for summary judgment—Specifically, would be impossible to continue waiver of subrogation clause without reference to context in which contract made—Trial judge will have opportunity to hear witnesses including expert on insurance matters, also to hear directly from parties involved what really happened, then form own opinion—Would not be

MARITIME LAW—Concluded

in interest of justice for parties to address question of insurance coverage through motion for summary judgment.

PACIFICA PAPERS INC. V. KINGCOME NAVIGATION CO. (T-2116-99, 2002 FCT 676, Blais J., order dated 14/6/02, 13 pp.)

PATENTS*Practice*

Motion by respondent Apotex to dismiss within proceeding for abuse of process under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 6(5)(b)—Apotex sending notice of allegation to applicant Novartis (Invalidity Allegation) alleging invalidity of certain claims of Canadian Letters Patent No. 1332150—Sending further notice of allegation to Novartis (Non-Infringement Allegation) alleging non-infringement of all remaining relevant claims of Patents—Novartis commenced proceedings (Court File T-1266-99, or cyclo #7) under Regulations, s. 6(1) for order prohibiting Minister from issuing Notice of Compliance (NOC) to Apotex until after expiration of '150 Patent—On July 23, 1999, Novartis commenced within proceeding (Court File T-1337-99 or cyclo #8) in response to non-infringement allegation—On November 29, 2001, Apotex filed notice of motion for order dissolving stay of proceeding as ordered by Prothonotary Aronovitch on June 7, 2000, for order dismissing it—Prothonotary Aronovitch dismissing Apotex' motion, finding Novartis' application not abuse of process, not frivolous, vexatious—As appeal from prothonotary's order that raises questions vital to final issue of case, standard of review that of exercise of discretion *de novo*—Whether prohibition proceedings commenced by Novartis in cyclo #8 amount to abuse of process—Onus in types of motions lies with moving party—Burden of proof very high—Moving party must show legal process used for ulterior, collateral purpose—As within proceeding, cyclo #8, still pending, Minister prevented from issuing NOC to Apotex for cyclosporine—No indication that, prior to filing of notice of motion on November 29, 2001 to have within proceeding dismissed, Novartis ever intended to prosecute cyclo #8—Novartis has, since very beginning, maintained cyclo #8 would never be prosecuted—Did not take action for nearly ten months, at which time confronted with notice of status review—Novartis not having interest in proceeding with matter on merits, simply wishes to preserve right of appeal that would be lost if Apotex granted NOC prior to appeal in cyclo #7 being disposed of—Within proceeding being maintained by Novartis for ulterior, collateral purpose, representing abuse of process—Motion allowed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 6 (as am. by SOR/98-166, s. 5; 99-379, s. 3).

NOVARTIS PHARMACEUTICALS CANADA INC. V. APOTEX INC. (T-1337-99, 2002 FCT 668, Tremblay-Lamer J., order dated 13/6/02, 11 pp.)

PATENTS—Concluded

Motion pursuant to Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 6(5) for order dismissing Novartis' application for order prohibiting Minister of Health from issuing notices of compliance in connection with 25 and 50 mg capsules of cyclosporine—S. 6(5)(b) permitting court to dismiss application on ground redundant, scandalous, frivolous or vexatious or otherwise abuse of process—RhoXal submitting Novartis attempting to re-litigate issues already decided by Court—On March 1, 2002 Tremblay-Lamer J. dismissing prohibition application by Novartis in connection with 100 mg capsules of cyclosporine until after expiration of Novartis' patent on ground capsules not infringing patent as not containing hydrosol, merely forming hydrosol after ingestion, but neither disclosure nor patent claims referring to hydrosol formed *in situ*—Novartis appealed that decision, but before appeal heard, NOC issued to RhoXal for 100 mg capsules—Appeal dismissed on ground of mootness—Case law establishing following parameters: (1) doctrine of abuse of process flexible, not limited to any set number of categories; (2) used to bar proceedings inconsistent with public policy purpose; (3) application depending on circumstances, fact and context-driven; (4) aim to protect litigants from abusive, vexatious or frivolous proceedings or otherwise prevent miscarriage of justice—Novartis' application not abuse of process, should not be dismissed under s. 6(5)—Unique circumstances herein arising when Novartis' appeal from Tremblay-Lamer J.'s judgment dismissed for mootness—Application which RhoXal now seeking to strike in response to RhoXal's new NOA's for cyclosporine capsules in dosage strengths of 25, 50 mg—Novartis' application not vexing RhoXal, unfair to it, bringing administration of justice into disrepute—Application dismissed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 6(5) (as enacted by SOR/98-166, s. 6).

NOVARTIS PHARMACEUTICALS CANADA INC. v. RHOXALPHARMA INC. (T-462-02, 2002 FCT 742, Lemieux J., order dated 3/7/02, 13 pp.)

PRACTICE

Motion to have judicial review application dealt with in writing—Applicant, inmate at minimum security institution, having no funds to either retain lawyer or to pay for escort to, from Court for oral hearing—Fearing disadvantage in arguing in open court—Pointing out additional, needless cost to taxpayers of r. 45 order compelling Crown to bring him before Court—Motion allowed—Reasons of Muldoon J. in *MacDonald v. National Parole Board*, [1986] 3 F.C. 157 (T.D.) and of Gibson J. in *Li v. Canada (Correctional Service)* (1996), 119 F.T.R. 285 (F.C.T.D.) representing opposite ends of spectrum as to whether judicial review should be decided

PRACTICE—Continued

in writing—Muldoon J. regarded use of written submissions, in deciding judicial review matter, as akin to right, where alternative might be to either deprive prisoner of convenient access to Court or to handicap prisoner in making submissions—Gibson J. regarded dealing with judicial review in writing as exceptional procedure only to be countenanced where special circumstances—Both *MacDonald, Li* decided under pre-1998 Federal Court Rules, under which Court had clear discretion to determine whether nature of application such that expedient to dispose of it in writing—Federal Court Rules, 1998, r. 369(1) permitting party, in notice of motion, to request motion be decided on basis of written representations—Granting right, subject to implied ability of Court in exercising discretion to require oral hearing—R. 369(2) permitting Court to change motion in writing into oral motion, but requiring substantial evidence matter cannot be adequately disposed of in writing—Given more permissive approach in Federal Court Rules, 1998, Muldoon J.'s approach (that there should be special circumstances in order to deprive litigant of convenient access by way of applications in writing, particularly where expense, imprisonment clear factors and where ill-at-ease lay litigant may be unable to make apt, effectual oral submission) preferable—Must be compliance with procedural rules, normal requirements of decorum—Moreover Court may require oral hearing where substantial evidence matter cannot be presented adequately in writing—Denial of written motion procedure would deprive applicant of not only convenient, meaningful access, but of any access—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 45, 369.

CRAWSHAW v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2095-01, 2002 FCT 732, Hargrave P., order dated 28/6/02, 5 pp.)

COSTS

Applicant seeking Ministerial relief in relation to Immigration Act, s. 19(1)(f) June 4, 2000—When no decision made, commenced application for judicial review in nature of *mandamus* on August 9, 2001—Leave granted April 25, 2002, hearing date set for July 24, 2002—Minister made decision June 21, 2002, communicated decision to applicant on July 17, 2002—Federal Court Immigration Rules, r. 22 prohibiting award of costs unless Court for special reasons so orders—Not sufficient evidence delay in making decision constituting special reasons for awarding costs—No evidence time taken unwarranted, excessive—26-day delay in communicating decision must be taken against backdrop of pending judicial proceedings to compel making of decision—Order granting leave giving applicant right to file further memorandum of argument, and such memorandum prepared in belief no decision made—Such costs thrown away—Delay in

PRACTICE—Continued

communicating decision constituting special reasons for awarding costs in respect of preparation, service of unnecessary further memorandum of argument—Through no fault of counsel, information contained in responding record incorrect—Inaccuracies repeated in Minister's arguments in reply to application for leave—Effect of error to minimize apparent delay—On application for *mandamus* length of delay relevant because Court looking to whether reasonable time to comply with demand for performance of duty—Practical effect to make it imperative for reply memorandum to be filed, drawing error to attention of Court—Special reasons exist to award costs in respect of preparation, service of reply—Total costs fixed at \$1000—Federal Court Immigration Rules, SOR/93-72, R. 22—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(l) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11).

KHORAMI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3834-01, 2002 FCT 830, Dawson J., order dated 30/7/02, 6 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS*Summary Judgment*

Motion for summary judgment—Crown seeking to have action against it dismissed as statute barred—Plaintiff received bequest of proceeds of homestead property—Motion allowed—Crown not precluded by laches from bringing present motion—Fact action pending for over 11 years not Crown's doing alone—Also, wording of Federal Court Rules, 1998, r. 213(2) specific in allowing motion for summary judgment "at any time" before case set down for trial; equitable doctrine of laches cannot operate to defeat specific statutory provision such as this—Appropriate case for summary judgment—Federal Court Rules, 1998, r. 216(3) specific in instructing Court to make findings of fact where able to do so on material, in fair, just manner—Of cardinal importance that present motion brought only by defendant Crown, seeking dismissal of action as against that defendant—Action against others not affected—Plaintiff who maintains that statute has not run against him bears burden of showing did not, or could not, know had right of action—Here, plaintiff has failed to give any evidence to show that did not know, could not reasonably have discovered that defendant Charlotte Martin had dealt with property in very public manner, incompatible with her claim some 20 years before action brought—Indeed, there may be some evidence indicating plaintiff had been aware of relevant facts long time ago—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 213(2), 216(3).

MACNEIL V. CANADA (DEPARTMENT OF INDIAN AND NORTHERN AFFAIRS) (T-1482-91, 2002 FCT 792, Hugessen J., order dated 12/7/02, 5 pp.)

PRACTICE—Continued**PLEADINGS***Motion to Strike*

Statement of claim virtually identical in terms of material facts, cause of action, relief sought, to statement of claim filed in 1997 and dismissed for delay under Federal Court Rules, 1998, r. 382—After notice of status review because more than 360 days elapsed since filing of statement of claim and no requisition for pre-trial conference filed, Dubé J. ordering plaintiff to file reply to statement of defence within 20 days, and to pursue action in accordance with Rules—Second notice of status review issued—Action dismissed for delay—Court of Appeal upholding that decision—Motion allowed—Striking out pleading (r. 221) part of Federal Court Rules, 1998 as are case management rules (rr. 380 to 391)—Case law establishing following parameters of doctrine of abuse of process: (1) flexible doctrine, not limited to any set number of categories; (2) purpose is public policy purpose used to bar proceedings inconsistent with purpose; (3) application depends on circumstances and is fact, context driven; (4) aim to protect litigants from abusive, vexatious, frivolous proceedings or otherwise prevent miscarriage of justice; (5) particular scheme of rules of court may provide special setting for application—Applying those principles, notwithstanding that plaintiff's case not adjudicated on merits, re-filing of statement of claim after dismissal under case management rules constituting abuse of process—Plaintiff given every reasonable opportunity to advance case on merits, including opportunity to do so by order of Dubé J., but violated order resulting in dismissal of first action—To allow plaintiff to proceed with second action which is simply mirror of first action would make mockery of case management rules—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 221, 382.

À SAUVE V. CANADA (T-70-02, 2002 FCT 721, Lemieux J., order dated 2/7/02, 9 pp.)

RES JUDICATA

Motion to strike out paragraphs of defence to counterclaim on ground of *res judicata*—Action claiming infringement of industrial design—In amended defence to counterclaim, defendant asserting Trade-marks Act, s. 7(a) in conjunction with named industrial design—Prothonotary previously dismissing plaintiff's motion to strike those paragraphs of defence and counterclaim on basis s. 7(a) unconstitutional as relates to industrial designs and Court not having jurisdiction to entertain application—Plaintiff again raising issue of lack of Court's jurisdiction to hear arguments on basis of s. 7(a) in relation to industrial design in defence to counterclaim—Motion allowed—Criteria for issue estoppel, as set out in *Angle v. M.N.R.*, [1975] 2 S.C.R. 248, applied—(1) Same parties—(2) Paragraphs of defence to counterclaim raising issue identical to one decided by Prothonotary: lack of

PRACTICE—Concluded

jurisdiction of Federal Court under s. 7(a) in relation to industrial design—(3) *Kealey v. Canada* (1991), 139 N.R. 189 (F.C.A.) not standing for proposition asserted by plaintiffs i.e. that when motion to strike pleadings dismissed, decision interlocutory judgment since substantive rights claimed would remain to be determined in proceeding—Instead *Kealy* holding determination of whether order final or interlocutory depending on legal effect thereof; final if determined in whole or part any substantive right asserted by any of parties, interlocutory if not—May argue Prothonotary's decision interlocutory since not determining any substantive rights—But issue estoppel may arise from decision which is interlocutory, but becomes final and binding upon parties in absence of appeal—Plaintiff should have appealed Prothonotary's decision within ten days thereof—As too late now to appeal, Prothonotary's decision finally settled issue of Federal Court's jurisdiction with respect to s. 7(a) in relation to industrial designs—Plaintiff seeking to indirectly re-litigate issue already adjudicated—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, T-13, s. 7(a).

BENISTI IMPORT-EXPORT INC. v. MODES TXT CARBON INC. (T-1517-01, 2002 FCT 810, Rouleau J., order dated 22/4/02, 11 pp.)

PUBLIC SERVICE**LABOUR RELATIONS**

Application for judicial review of recourse officer's decision dismissing applicant's complaint filed with Public Service Commission (PSC) not being treated in accordance with his statutory priority entitlement pursuant to Public Service Employment Act, s. 30(1) (priority entitlement to all new positions for employees on leave of absence whose position backfilled by another person)—Issue whether matter

PUBLIC SERVICE—Concluded

moot; if not, whether PSC policy regarding priority status persons contravening Act, s. 30(1)—Since filing complaint in January 2000, when had no job, applicant accepted position in Public Service—Application dismissed—Issue moot as failing to meet “live controversy” test—In any event, policy not contravening Act, s. 30(1)—Administrative infrastructure set up to link individuals to priority jobs being staffed—Nothing in Act specifying nature of infrastructure—Two components: one for indeterminate positions, term positions exceeding 12 months; one for shorter term positions—Overall, operational preference of PSC to focus on referral of priority persons to indeterminate, long-term duration term jobs, ensuring alternate mechanism for direct access, by priority persons, to shorter-duration term jobs—Applicant submitting second component policy has effect of allowing PSC to exempt term appointments under 12 months, term extensions from provisions of Act, s. 30(1), thereby violating Act—While policy may be binding internally on those required to implement it, it cannot be used or relied upon as vehicle to create external rights—Basic underlying principle that judicial intervention in government policy inappropriate in absence of successful challenge under Charter: *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281—Apparent from Act, s. 4(1), Act as whole, that Parliament intended to confer on PSC broad powers with respect to administration of Act—Court's intervention with respect to policy in question inappropriate, unwarranted—Even assuming substantive review of decision appropriate, conclusions of recourse officer compelling—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 4(1), 30(1) (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 20).

CAHILL v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-28-01, 2002 FCT 773, Layden-Stevenson J., order dated 11/7/02, 12 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fct-cf.gc.ca/cf> ou le commander au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg

ASSURANCE-EMPLOI

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un juge-arbitre a accueilli l'appel interjeté par l'intimée d'une décision du conseil arbitral infirmant la décision de la Commission qui avait statué que le demandeur ne remplissait pas les conditions pour recevoir des prestations d'assurance-emploi réglementaires du fait qu'il n'y avait pas droit, en tant qu'enseignant, durant une période d'inactivité professionnelle—Demande rejetée—Le demandeur a été engagé à contrat, en qualité d'enseignant, pour une période d'un an prenant fin le 25 juin 1999—Une lettre datée du 11 juin 1999 a informé le demandeur que son contrat d'engagement avait été reconduit pour l'année scolaire suivante—Le demandeur a réclamé des prestations d'assurance-emploi pour les mois de juillet et août au cours desquels il a été cependant rémunéré conformément aux dispositions du premier contrat, grâce au régime des «paiements différés» aux termes duquel la paye d'un enseignant est répartie sur une période de 12 mois—Le juge-arbitre a conclu que le demandeur n'était pas au chômage durant les mois de juillet et août au sens de l'art. 33(2) du Règlement sur l'assurance-emploi—Une distinction a été faite avec la décision *Ying c. Canada*, [1998] A.C.F. n° 1615 (C.A.F.) (QL) puisque dans cette affaire, l'enseignante n'avait pas touché, au cours de l'été, des émoluments différés—La décision *Canada (Procureur général) c. Partridge* (1999), 245 N.R. 163 (C.A.F.), dans laquelle la Cour a statué qu'un enseignant touchant des émoluments différés n'avait pas droit à des prestations d'assurance-emploi, a été appliquée—De plus, la lettre du 11 juin 1999 informait le demandeur qu'il était réengagé pour «l'année scolaire 1999-2000» et la *Schools Act*, 1997, de Terre-Neuve, précise que l'année scolaire «commence le 1^{er} juillet d'une année civile et se termine le 30 juin de l'année civile suivante»—Par conséquent, le demandeur n'a nullement été au chômage et a été rémunéré durant toute la période pour laquelle il a réclamé des prestations d'assurance-emploi—Permettre au demandeur de percevoir des prestations d'assurance-emploi durant les mois d'été reviendrait à le rémunérer deux fois pour la période en question—Règlement sur l'assurance-emploi, DORS/96-332,

ASSURANCE-EMPLOI—Fin

art. 33(2)—*Schools Act*, 1997, S.N.L. 1997, ch. S-122, art. 2 «année scolaire».

BISHOP C. CANADA (COMMISSION DE L'ASSURANCE-EMPLOI DU CANADA) (A-151-01, 2002 CAF 276, juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 26-6-02, 5 p.)

BREVETS

PRATIQUE

Requête présentée par la défenderesse Apotex afin d'obtenir une ordonnance rejetant la présente instance en raison d'un abus de procédure en vertu de l'art. 6(5)b) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—Apotex a envoyé un avis d'allégation à la demanderesse Novartis (l'allégation d'invalidité) dans lequel elle alléguait l'invalidité de certaines revendications des lettres patentes canadiennes n° 1332150—Elle a envoyé un avis d'allégation additionnel à Novartis (l'allégation de non-contrefaçon) dans lequel elle alléguait la non-contrefaçon de toutes les revendications pertinentes restantes des brevets—Novartis a introduit une instance (T-1266-99 ou cyclo n° 7) en vertu de l'art. 6(1) du Règlement afin d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité à Apotex avant l'expiration du brevet 150—Le 23 juillet 1999, Novartis a introduit la présente instance (T-1337-99 ou cyclo n° 8) en réponse à l'allégation de non-contrefaçon—Le 29 novembre 2001, Apotex a déposé un avis de requête afin d'obtenir une ordonnance annulant la suspension de l'instance qui avait été ordonnée par le protonotaire Aronovitch le 7 juin 2000 ainsi qu'une ordonnance la rejetant—Le protonotaire Aronovitch a rejeté la requête d'Apotex après avoir conclu que la demande de Novartis ne constituait pas un abus de procédure et n'était ni frivole ni vexatoire—Comme il s'agit d'un appel d'une ordonnance du protonotaire qui soulève des questions essentielles pour l'issue de la cause, la norme de contrôle est celle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire par instruction *de novo*—Il s'agit de déterminer si la procédure d'interdiction

BREVETS—Suite

introduite par Novartis dans cyclo n° 8 équivaut à un abus de procédure—Dans ce type de requête, le fardeau de la preuve incombe à la partie requérante—Ce fardeau est très élevé—La partie requérante doit démontrer que la voie judiciaire a été détournée de sa finalité—Comme la présente instance, (cyclo n° 8), est toujours pendante, le ministre est empêché de délivrer un avis de conformité à Apotex pour la cyclosporine—Rien n'indique qu'avant le dépôt de l'avis de requête le 29 novembre 2001 afin d'obtenir le rejet de la présente instance, Novartis ait jamais eu l'intention de poursuivre le cyclo n° 8—Novartis a, depuis le tout début, maintenu qu'elle ne poursuivrait jamais le cyclo n° 8—Elle n'a pris aucune mesure pendant près de dix mois et, au terme de cette période, elle a été confrontée à un avis d'examen de l'état de l'instance—Novartis n'a aucun intérêt à procéder sur le fond dans la présente affaire, et elle souhaite simplement préserver le droit d'appel qui serait perdu si Apotex se voyait accorder son avis de conformité avant que l'on se soit prononcé sur l'appel dans le cyclo n° 7—Novartis maintient la présente instance pour la détourner de sa finalité, ce qui constitue un abus de procédure—Requête accueillie—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 6 (mod. par DORS/98-166, art. 5; 99-379, art. 3).

NOVARTIS PHARMACEUTICALS CANADA INC. C. APOTEX INC. (T-1337-99, 2002 CFPI 668, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 13-6-02, 12 p.)

Requête en vertu de l'art. 6(5) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) visant le rejet de la demande de Novartis, par laquelle celle-ci demande une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer des avis de conformité relatifs à ses capsules de 25 mg et de 50 mg de cyclosporine—L'art. 6(5)b) permet au tribunal de rejeter la demande s'il conclut qu'elle est inutile, scandaleuse, frivole ou vexatoire ou constitue autrement un abus de procédure—RhoXal prétend que Novartis tente de rouvrir des questions déjà tranchées par la Cour—Le 1^{er} mars 2002, le juge Tremblay-Lamer a rejeté une demande d'interdiction de Novartis à l'égard de capsules de cyclosporine de 100 mg avant l'expiration du brevet de Novartis étant donné que les capsules ne constituaient pas une contrefaçon du brevet puisqu'elles ne contenaient pas d'hydrosol, celui-ci ne se formant qu'après ingestion, mais ni la divulgation ni les revendications du brevet ne renvoient à un hydrosol formé *in situ*—Novartis a interjeté appel de cette décision, mais avant que l'appel ne soit entendu, RhoXal a obtenu la délivrance d'un avis de conformité pour les capsules de 100 mg—L'appel a été rejeté au motif qu'il était sans objet—La jurisprudence a établi les paramètres suivants: 1) la doctrine de l'abus de procédure est souple et ne se restreint à aucune catégorie; 2) elle est utilisée pour faire obstacle à des

BREVETS—Fin

procédures qui sont incompatibles avec son objet d'intérêt public; 3) son application dépend des circonstances, des faits et du contexte; 4) son but est de protéger les parties au litige contre des procédures abusives, vexatoires ou frivoles ou d'autrement prévenir une erreur judiciaire—La demande de Novartis n'est pas un abus de procédure et ne doit pas être rejetée en vertu de l'art. 6(5)—Les circonstances sont uniques en l'espèce et elles ont pris naissance lorsque l'appel interjeté par Novartis contre la décision du juge Tremblay-Lamer a été rejeté pour absence d'objet—La demande que RhoXal cherche à faire radier est une réponse aux nouveaux avis d'allégation de RhoXal à l'égard des capsules de cyclosporine de 25 mg et de 50 mg—La demande de Novartis n'est pas vexatoire pour RhoXal ou injuste à son égard et elle ne peut discréditer l'administration de la justice—Demande rejetée—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 6(5) (édicte par DORS/98-166, art. 6).

NOVARTIS PHARMACEUTICALS CANADA INC. C. RHOXALPHARMA INC. (T-462-02, 2002 CFPI 742, juge Lemieux, ordonnance en date du 3-7-02, 13 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**CONTRÔLE JUDICIAIRE***Compétence de la Cour fédérale*

Question de compétence quant au forum approprié pour déterminer l'effet de l'«Avis de retrait de la revendication de statut de réfugié au sens de la Convention» donné par les demandeurs et de l'«Avis confirmant le retrait d'une revendication de statut de réfugié au sens de la Convention», donné par le défendeur—Les demandeurs ont déposé une requête pour obtenir le rétablissement de leur revendication de statut de réfugié en vertu de l'art. 34(1) des Règles de la section du statut de réfugié—La section du statut de réfugié est maintenant saisie de l'affaire—La question de la validité du retrait des revendications des demandeurs du statut de réfugié devrait normalement être décidée par la section du statut de réfugié, suite à la requête des demandeurs pour obtenir le rétablissement de leurs revendications en vertu de l'art. 34(1)—Même si le meilleur forum pour régler ces questions est la section du statut de réfugié, la Cour est dûment saisie de la question par suite de la demande de contrôle judiciaire et elle ne peut renoncer à sa compétence—Le règlement de la «question de compétence» n'est aucunement lié à la question relative à la mesure de renvoi conditionnel—Cette dernière question n'a aucun impact sur celle de savoir quel serait le forum approprié pour déterminer la validité des retraits, et la Cour n'en a pas été saisie comme question préliminaire dans la demande—En l'absence d'un retrait ou d'un abandon de la demande de contrôle judiciaire, la Cour ne peut renoncer à sa

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

compétence—La Cour ordonne que la demande de contrôle judiciaire suive son cours—Règles de la section du statut de réfugié, DORS/93-45, art. 34(1).

ARNENDORFER C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3861-00, 2002 CFPI 674, juge Layden-Stevenson, ordonnance en date du 14-6-02, 4 p.)

EXCLUSION ET RENVOI*Renvoi de réfugiés*

Demande de sursis visant l'exécution d'une mesure d'interdiction de séjour qui n'est pas devenue une mesure d'expulsion conformément à l'art. 32.02(1) de la Loi sur l'immigration parce qu'une attestation de départ n'a pas été délivrée dans le délai prévu à l'art. 27 du Règlement sur l'immigration—Une mesure d'interdiction de séjour conditionnelle a été prise contre le demandeur le jour où il est arrivé au Canada et a revendiqué le statut de réfugié (le 14 juillet 1997)—En mai 1998, la revendication du statut de réfugié du demandeur a été rejetée et l'autorisation d'entreprendre une procédure de contrôle judiciaire lui a été refusée—La demande d'établissement au Canada présentée par le demandeur pour des raisons d'ordre humanitaire en février 1999 a été rejetée en décembre 2000 et l'autorisation d'entreprendre une procédure de contrôle judiciaire lui a de nouveau été refusée—La demande présentée par le demandeur en qualité de demandeur non reconnu du statut de réfugié au Canada (DNR SRC) a été rejetée au motif qu'il ne serait pas en danger s'il devait retourner au Sri Lanka—La mesure d'interdiction de séjour prise contre le demandeur n'est plus conditionnelle par suite de cette décision, et l'art. 27(2)b) du Règlement s'applique, de sorte que le demandeur a été avisé qu'il avait 30 jours pour quitter le Canada de son plein gré—Demande rejetée—La décision *Essiaw c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 1108; [2001] F.C.J. n° 1520 (1^{re} inst.) (QL) a été appliquée—La Cour fédérale a le pouvoir de surseoir à l'exécution d'une mesure d'interdiction de séjour, mais il serait prématuré de le faire puisqu'il ne sert à rien d'ordonner au ministre de s'abstenir de prendre une mesure qu'il ne se propose pas de prendre—La Cour a reconnu clairement que, dans certaines circonstances, un sursis ordonné par un juge peut empêcher un agent de renvoi d'exécuter une mesure de renvoi dès que les circonstances le permettent, comme l'exige l'art. 48 de la Loi—Selon la définition contenue à l'art. 2 de la Loi, une mesure d'interdiction de séjour est une mesure de renvoi—Plus important encore, les mots «s'il y a sursis d'exécution de la mesure d'interdiction de séjour» employés à l'art. 27(2)d) du Règlement seraient dénués de sens s'ils désignaient seulement le sursis prévu à l'art. 49(1) de la Loi, ce sursis ne pouvant pas être accordé à une personne qui ne fait pas partie de la catégorie des DNR SRC—La décision *Rajan c. Canada*

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

(*Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*) (1994), 86 F.T.R. 70 (C.F. 1^{re} inst.), a été constamment suivie par la Cour fédérale, laquelle a statué qu'une demande de sursis est prématurée si des dispositions en vue du renvoi n'ont pas été prises et qu'une date de renvoi n'a pas été fixée—Raisonnement solide; le demandeur a le choix de se conformer de son plein gré à la mesure d'interdiction de séjour; s'il quitte le Canada muni d'une attestation de départ, il pourra revenir au Canada sans avoir à obtenir un permis ministériel; laisse au ministre le soin de fixer les dates de renvoi par ordre de priorité dans le cadre de la politique administrative—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1), 32.02(1) (édicé par L.C. 1992, ch. 49, art. 22), 48, 49(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 16; L.C. 1990, ch. 8, art. 52)—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 27.

ANANDAPPA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2464-02, 2002 CFPI 701, juge Lemieux, ordonnance en date du 20-6-02, 8 p.)

STATUT AU CANADA*Citoyens*

Appel, interjeté en vertu de l'art. 14(5) de la Loi sur la citoyenneté, de la décision par laquelle le juge de la citoyenneté a conclu que la demanderesse ne remplissait pas les conditions requises pour obtenir la citoyenneté—Accueillant l'appel formé à l'encontre du refus initial d'accorder la citoyenneté, la Cour a ordonné que l'affaire soit réexaminée par un autre juge de la citoyenneté et qu'il soit tenu compte de la preuve médicale portant sur l'incapacité de la demanderesse d'apprendre une nouvelle langue—Après nouvel examen, le juge de la citoyenneté a décidé que la demanderesse ne possédait pas les connaissances nécessaires pour pouvoir obtenir la citoyenneté canadienne—Pour ce qui est de l'exercice du pouvoir discrétionnaire, le juge de la citoyenneté a expressément cité l'avis de l'associé en psychologie selon lequel la demanderesse était dépourvue des aptitudes nécessaires sur le plan de l'organisation, de l'orientation et de l'analyse (compétences de base) pour pouvoir apprendre une langue écrite, et il a de nouveau refusé d'accorder la citoyenneté—Un appel interjeté en vertu de l'art. 14(5) ne vise que les décisions rendues en vertu de l'art. 14(2)—Il n'y a aucun appel de l'exercice que le juge de la citoyenneté fait du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 15(1)—Le seul recours est par voie de contrôle judiciaire—La Cour se déclare compétente pour éviter d'obliger la demanderesse à présenter une demande de contrôle judiciaire en vertu de l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale et à demander une prorogation de délai (laquelle lui serait accordée eu égard aux circonstances)—Selon l'arrêt *Khat (Re)* (1991), 49 F.T.R. 252 (C.F. 1^{re} inst.), il est

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

loisible à la Cour de renvoyer l'affaire au juge de la citoyenneté si elle n'est pas convaincue que les facteurs pertinents ont été pris en compte dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 15(1)—Le juge de la citoyenneté n'a pas tenu compte d'éléments de preuve pertinents ou elle a mal interprété la preuve «médicale»—Elle a comparé la demanderesse à d'autres demandeurs qui ont recouru au programme d'alphabétisation des adultes (le programme «LINC») et a affirmé que la demanderesse a au Canada de nombreuses occasions d'améliorer son niveau d'instruction—Cette conclusion de fait tirée sans tenir compte de la preuve est manifestement déraisonnable—Elle est abusive en ce sens qu'il ressort de la preuve médicale que l'appelante ne possède pas les compétences de base nécessaires pour être en mesure de bénéficier du programme anglais d'alphabétisation des adultes—Le juge de la citoyenneté n'a pas compris que la demanderesse a effectivement saisi l'occasion qui lui était offerte d'améliorer son niveau d'instruction, mais qu'elle est incapable, sur le plan intellectuel, de tirer profit de cette occasion en raison de problèmes d'apprentissage—L'affaire est renvoyée à un nouveau juge de la citoyenneté parce que certains facteurs pertinents n'ont pas été pris en compte, en l'occurrence l'incapacité intellectuelle de la demanderesse de bénéficier du programme d'alphabétisation des adultes et d'améliorer sa connaissance de la langue anglaise—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 14 (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 23), 15—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

HASSAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (T-1119-00, 2002 CFPI 755, juge Kelen, ordonnance en date du 9-7-02, 8 p.)

Réfugiés au sens de la Convention

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la SSR avait conclu que le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le demandeur, un citoyen iranien, affirmait craindre avec raison d'être persécuté du fait des opinions politiques qui lui étaient imputées—Il a décidé de s'enfuir après qu'un employé à temps partiel eut été arrêté avec des dépliantes contre le régime dans la voiture de la société du demandeur—La SSR a conclu que le récit du demandeur relatif à l'événement déterminant, le jour où il y avait eu des manifestations d'étudiants et des émeutes à Téhéran, lequel a abouti à son départ de l'Iran, n'était pas plausible ou crédible et elle a conclu que le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Questions de savoir si la SSR a omis d'apprécier la preuve crédible dont elle disposait lorsqu'il s'est agi de déterminer le bien-fondé de la crainte qu'avait le demandeur d'être persécuté et si la SSR a commis une erreur susceptible de révision en appréciant la

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

preuve pour ce qui est du bien-fondé de la revendication du demandeur—Demande accueillie—Quant à la norme de contrôle applicable, la SSR a entièrement compétence pour déterminer la vraisemblance d'un témoignage et les conclusions tirées par la SSR ne peuvent pas faire l'objet d'un examen judiciaire dans la mesure où les inférences qui sont faites ne sont pas déraisonnables au point de justifier une intervention: *Aguebor c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 160 N.R. 315 (C.A.F.), et dans la mesure où les motifs sont étayés par la preuve dont était saisi le tribunal—Même si Téhéran était en plein chaos le jour de l'événement déterminant, et même si le demandeur ou l'employé ne participaient pas directement aux manifestations étudiantes, la demande que le demandeur avait faite pour savoir si l'employé qui conduisait sa voiture avait eu un accident n'est pas invraisemblable—De plus, il n'existait pas suffisamment d'éléments de preuve à l'appui de la conclusion de la SSR selon laquelle il n'était pas vraisemblable que la famille de l'employé n'ait pas pris de mesures ou n'ait pas communiqué avec le demandeur—Rien ne montrait que la famille eût été au courant de l'arrestation—La conclusion était donc fondée sur une conjecture—Il n'existait aucun élément de preuve à l'appui de la conclusion de la SSR selon laquelle il n'était pas vraisemblable que le client, un employé du ministère de la Justice, obtienne des renseignements au sujet de l'enquête en quelques heures seulement—Il n'était pas raisonnablement loisible à la SSR de conclure qu'il n'était pas vraisemblable que les autorités n'aient pas rendu visite à l'intéressé dans les 24 heures qui avaient précédé sa présumée fuite, en particulier à un moment où l'on prenait de fortes mesures de répression contre les dissidents—La conclusion relative au permis de conduire international n'était pas suffisamment importante pour qu'on lui accorde la portée voulue afin de conclure d'une façon générale au manque de crédibilité ou afin de rejeter la revendication—En conclusion, il n'était pas raisonnablement loisible à la SSR de tirer les nombreuses conclusions relatives à la vraisemblance dont il a ci-dessus été question—Les contradictions auxquelles la SSR a conclu n'étaient pas importantes et leur portée ne justifiait pas une conclusion générale de manque de crédibilité ou le rejet de la revendication—Les conclusions d'invraisemblance ont été tirées par la SSR sans qu'il soit tenu compte des éléments dont celle-ci disposait et elles étaient donc abusives et justifiaient l'intervention de la Cour.

DIVSALAR C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DEL'IMMIGRATION) (IMM-1246-01, 2002 CFPI 653, juge Blanchard, ordonnance en date du 10-6-02, 18 p.)

Contrôle judiciaire de la décision de la SSR portant que les demandeurs ne sont pas des réfugiés au sens de la Convention—La déclaration de la SSR que les demandeurs ont résidé en

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Grèce pendant sept ans avant d'arriver au Canada n'est pas cohérente au vu des notes prises au point d'entrée qui indique que les demandeurs n'ont résidé en Grèce que durant trois ans avant de venir au Canada—Cette erreur de fait est manifestement déraisonnable en ce qu'elle a eu, sur la conclusion de la SSR, un impact au sujet de la crédibilité suffisamment important pour justifier l'intervention de la Cour—La SSR a rejeté la requête des demandeurs pour obtenir un contre-interrogatoire à l'audience de l'agent d'immigration et de l'interprète au sujet des incohérences dans les notes prises au point d'entrée par l'agent d'immigration, au motif que cela ne résoudre pas la question du séjour en Grèce des demandeurs—Il y a manquement aux règles de la justice naturelle lorsque le témoignage est essentiel—La SSR a aussi commis une erreur de droit en s'appuyant sur des documents frauduleux, savoir un permis d'exploitation commerciale grec et un carnet de santé appartenant au demandeur mineur, comme preuve de la durée du séjour en Grèce—En dernier lieu, la SSR a enfreint les règles de la justice naturelle en ne tenant pas la conférence préparatoire demandée par l'avocat des demandeurs en conformité de l'art. 20 des Règles de la section du statut de réfugié—Demande accueillie—Règles de la section du statut de réfugié, DORS/93-45, art. 20.

JAUPI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2086-01, 2002 CFPI 658, juge Kelen, ordonnance en date du 11-6-02, 4 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié portant que le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le demandeur est un citoyen de l'Ouganda, membre de la communauté ethnique Iteso—Sa famille et sa communauté ont participé aux activités politiques de l'Uganda People's Congress (UPC)—Il a été agressé, avec des parents, par des soldats en uniforme, dont deux armés—Le demandeur a quitté l'Ouganda pour se rendre en Zambie, où il était un réfugié sans statut—Il est arrivé au Canada avec un visa de visiteur le 13 avril 1999—La Commission a noté le fait que le demandeur n'avait pas présenté de preuve qu'il était membre de l'UPC—Elle s'est appuyée sur sa conclusion au sujet du rôle de George Okurapa—La Cour a accepté les prétentions du demandeur au sujet des conclusions de fait tirées arbitrairement par la Commission, qui a mal interprété la preuve portant sur George Okurapa—Cette conclusion a influé sur la conclusion de la Commission portant sur l'identité politique du demandeur—La Commission a tiré une conclusion de fait abusive ou arbitraire, sans tenir compte des éléments dont elle disposait—La Commission s'est ingérée de façon incorrecte et non équitable dans l'interrogatoire de l'avocat du demandeur en réponse à une question précise qu'elle avait soulevée—La transcription soulève un doute

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

sérieux quant à l'équité procédurale de l'audience du demandeur—Demande accueillie.

OJAKOL C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3081-01, 2002 CFPI 628, juge Heneghan, ordonnance en date du 31-5-02, 11 p.)

Contrôle judiciaire de la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié selon laquelle la demanderesse n'était pas une réfugiée au sens de la Convention—La demanderesse est une citoyenne du Chili—Elle prétend craindre avec raison d'être persécutée du fait de son appartenance à un groupe social, c.-à-d. les personnes ayant une déficience visuelle—Elle a subi de nombreux actes de discrimination en raison de son chien-guide—Elle a perdu son emploi dans une station de radio parce qu'elle ne voulait pas laisser son chien chez elle—La Commission a tenu compte du fait que la demanderesse avait occupé quatre postes différents de professeur d'anglais, langue seconde, et elle a conclu que la demanderesse aurait les moyens de gagner sa vie si elle retournait au Chili—Selon la Commission, la demanderesse a réussi à obtenir plusieurs emplois, bien qu'elle ait été renvoyée de son poste le plus récent parce qu'elle emmenait son chien d'aveugle au travail—Cette conclusion ne s'appuie pas sur la preuve—Elle est fondée sur l'expérience professionnelle de la demanderesse avant l'obtention d'un chien-guide—Depuis qu'elle a son chien-guide, le seul emploi qu'elle a occupé est celui à la station de radio, emploi dont elle a été renvoyée—Les postes que la demanderesse a occupés étaient des postes à temps partiel, qui ne lui permettaient pas de subvenir à ses besoins—En omettant d'examiner de façon exhaustive l'expérience professionnelle de la demanderesse et, plus particulièrement, l'expérience professionnelle qu'elle a acquise depuis qu'elle a un chien-guide, la Commission ne pouvait déterminer adéquatement si la restriction importante au droit de la demanderesse de gagner sa vie constituait de la persécution—Des mesures de discrimination peuvent constituer de la persécution lorsqu'elles causent un préjudice grave à la personne affectée, par exemple lorsqu'elles imposent une restriction importante au droit de gagner sa vie—La Commission a tiré une conclusion de fait sans apprécier adéquatement les éléments de preuve dont elle était saisie, et elle a donc commis une erreur justifiant l'intervention de la Cour.

SOTO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3734-01, 2002 CFPI 768, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 10-7-02, 8 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision du tribunal de rejeter la revendication du statut de réfugié au sens de la

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Convention—La demanderesse, une chrétienne copte née en Égypte, revendiquait le statut de réfugié au Canada parce qu'elle craignait d'être persécutée du fait de sa religion—Au début de l'audience, le tribunal a demandé à la demanderesse pourquoi elle avait préféré faire une affirmation solennelle au lieu de prêter serment sur la Bible—Le tribunal a rejeté la revendication de la demanderesse notamment parce que son témoignage était incohérent et n'était pas parfaitement crédible—La preuve documentaire démontrait que le gouvernement égyptien prend des mesures à l'égard des militants musulmans qui s'en prennent à des chrétiens—Demande accueillie—La demanderesse prétendait qu'elle n'avait pas eu droit à une audition équitable de sa revendication parce que les questions posées par le tribunal au sujet de son refus de prêter serment sur la Bible l'avaient rendue mal à l'aise et avaient eu une incidence sur son aptitude à répondre aux questions—La demanderesse prétendait qu'il était impossible de déterminer à quel point ces questions avaient influé sur d'autres raisons parce que celles-ci étaient, du moins en partie, fondées sur des conclusions de fait tirées par le tribunal après évaluation du témoignage de la demanderesse—Même s'il est possible que le manquement aux règles de justice naturelle n'ait pas eu d'influence majeure, un tel manquement ne peut que vicier la procédure.

KOZMAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DEL'IMMIGRATION) (IMM-3877-01, 2002 CFPI 714, juge Lemieux, ordonnance en date du 28-6-02, 7 p.)

Résidents permanents

Contrôle judiciaire de la décision de l'agente des visas de refuser une demande de résidence permanente—La fille du demandeur, qui est née en 1981, souffre d'un retard mental qui va de léger à modéré ainsi que du syndrome de Down—Deux demandes de résidence permanente antérieures ont déjà été refusées—La demande de contrôle judiciaire de la deuxième décision a été accueillie pour le motif qu'il y avait eu transgression de l'équité en matière de procédure parce qu'on n'avait pas donné la possibilité au demandeur de répondre aux questions qui lui avaient été posées quant à savoir si son médecin était d'avis que l'admission de sa fille au Canada entraînerait «un fardeau excessif» pour les services sociaux canadiens—Le juge Reed a également commenté en passant la nécessité de tenir compte de la situation particulière de la personne—Le médecin agréé canadien a ensuite abordé neuf questions précédemment soulevées par l'avocat du demandeur afin d'expliquer la façon dont chacune de celles-ci avait été examinée en fonction du propre cas de la fille du demandeur—Il n'a pas abordé la question des services particuliers pouvant être nécessaires ni la durée du traitement

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

—Il n'a pas non plus effectué un examen approfondi de la probabilité que de tels services soient nécessaires—L'avocat du demandeur a indiqué qu'il n'était pas d'accord avec les réponses à ses questions—L'agente des visas a conclu que l'admission de la fille du demandeur au Canada entraînerait un fardeau excessif pour les services sociaux canadiens, rendant ainsi la famille non admissible en vertu de l'art. 19(1)a)(ii) de la Loi sur l'immigration—Demande accueillie—En ce qui concerne les services sociaux, une personne doit être considérée comme admissible et une telle demande nécessite de déterminer si le demandeur est en mesure de contribuer en tout ou en partie aux coûts qui en découlent: Loi sur les services aux personnes ayant une déficience intellectuelle, Règlement général et Loi sur l'éducation—Il est probable que le demandeur sera tenu de payer pour tous les services requis parce qu'il a les moyens de le faire—Ainsi, l'admission du demandeur au pays n'entraînera aucun fardeau excessif pour les services sociaux canadiens—La jurisprudence est partagée sur la question de savoir si les avoirs d'un demandeur doivent être pris en considération pour déterminer si son admission risque d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux—Bien que, dans *Poon c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 198 F.T.R. 56 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Pelletier ait affirmé que les avoirs ne sont pas pertinents, dans *Wong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 141 F.T.R. 62 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Reed a conclu qu'il serait incongru d'admettre une personne comme résidente permanente parce qu'elle a d'importantes ressources financières, mais de refuser de tenir compte de ces mêmes ressources pour évaluer l'admissibilité d'une personne à sa charge—L'approche du juge Reed ne pourrait s'appliquer dans le cas de services médicaux—Le défendeur a soutenu que les services offerts à North York et en Ontario ne devraient pas être pris en considération puisque le demandeur est libre de s'installer dans n'importe quelle région au Canada—Dans *Poste c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 5 Admin. L.R. (3d) 69 (C.F. 1^{re} inst.), la Cour a statué que l'avis médical doit être ancré fermement sur la situation personnelle de la personne en cause et l'ensemble des circonstances de l'espèce, notamment le degré de soutien de la famille et les ressources particulières de la collectivité—L'agente des visas a mentionné de nombreux services sociaux qui ne figuraient nulle part dans la preuve qui lui a été présentée—Elle a supposé que ces services sont disponibles, qu'ils sont offerts gratuitement ou qu'il existe une pénurie de ces services—Elle a fondé son refus sur l'hypothèse que la personne à la charge du demandeur serait admissible à de tels services qui lui seraient offerts sans frais et ce, en dépit de la disposition de la Loi sur les services aux personnes ayant une déficience intellectuelle et de la Loi sur l'éducation à l'égard d'une contribution de ses parents et de son compte en fiducie—Elle a également supposé que la fille

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

du demandeur aurait probablement besoin de tels services, même si la preuve révélait que tel ne serait pas le cas—Il est important de noter qu'il s'agit ici de services sociaux et non de services médicaux—Au Canada, il n'est pas permis de bénéficier de services médicaux privés, mais il n'existe aucune restriction à l'égard des services sociaux—En fait, les personnes qui ont les moyens de le faire sont tenues de payer les services sociaux dont elles bénéficient—Il y a eu une erreur qui doit faire l'objet d'un nouvel examen étant donné qu'aucune preuve ne démontre que le médecin ou l'agente des visas ont tenu compte des services particuliers disponibles dans la collectivité où le demandeur a choisi de s'établir—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)a)(ii)—Loi sur les services aux personnes ayant une déficience intellectuelle, L.R.O. 1990, ch. D.11—Règlement général, R.R.O. 1990, art. 272—Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2.

WONG C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-6060-99, 2002 CFPI 625, juge McKeown, ordonnance en date du 31-5-02, 14 p.)

Contrôle judiciaire de la décision d'une agente des visas selon laquelle le demandeur n'avait pas validement adopté la nièce de son épouse, et qu'il n'y avait pas de lien de filiation—La définition du mot «adopté», qui se trouve à l'art. 2(1) du Règlement sur l'immigration de 1978, exige une investigation en deux étapes: savoir déterminer 1) si la loi du pays étranger en matière d'adoption a été respectée; 2) s'il est créé un lien parents enfant—1) L'agente des visas avait en sa possession l'ordonnance formelle d'adoption délivrée par une cour de justice du Sri Lanka de même que la déclaration sous serment faite par le demandeur et son épouse à l'appui de leur demande en vue d'obtenir une ordonnance d'adoption; l'agente des visas a adopté l'opinion selon laquelle l'adoption n'était pas légale étant donné que les demandeurs ont produit de faux renseignements indiquant qu'aucun enfant n'était né de leur mariage et qu'ils ont donné une fausse adresse de résidence dans une déclaration sous serment devant les tribunaux—Il était manifestement déraisonnable pour l'agente des visas d'ignorer les faits juridiques d'une ordonnance définitive d'une cour de justice et de décider, en l'absence d'une preuve probante, qu'une ordonnance prononcée par une cour du Sri Lanka était insuffisante pour établir le fait que l'adoption avait été faite conformément au droit du Sri Lanka—2) La question de l'authenticité d'une adoption est une question de fait—En l'espèce, l'agente des visas n'a examiné qu'un seul fait, c'est-à-dire que la nièce avait d'abord été laissée chez un voisin à Jaffna alors que le reste de la famille était parti pour Colombo—La raison qui a été fournie à l'agente des visas au cours de l'entrevue était que la nièce devait finir ses études—Par la suite, elle a rejoint son oncle et sa tante à Colombo—La seule autre preuve pertinente était

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

que le demandeur et son épouse ont assuré la garde et la surveillance de leur nièce pendant les neuf dernières années, c'est-à-dire depuis qu'elle a six ans, quand sa mère naturelle est morte—La conclusion selon laquelle il n'y a pas de véritable lien de filiation était déraisonnable—Elle est basée uniquement sur une supposition d'abandon, qui a été faite dans des circonstances où la conduite de l'oncle et de la tante était également compatible avec une conclusion autre que l'abandon—En ignorant une autre explication aussi plausible pour justifier cette conduite, et en ignorant la prépondérance de la preuve concernant l'existence d'un véritable lien de filiation, l'agente des visas a commis une erreur susceptible de contrôle—La demande est accueillie—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2(1) «adopté» (mod. par DORS/93-44, art. 1).

SINIAH C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5954-00, 2002 CFPI 822, juge Dawson, ordonnance en date du 25-7-02, 8 p.)

Raisons d'ordre humanitaire

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle une fonctionnaire de l'immigration a rejeté la demande présentée en vue d'obtenir le droit d'établissement à partir du Canada pour des raisons d'ordre humanitaire—Le demandeur est né en Inde en 1987—Le tuteur à l'instance du demandeur est également né en Inde, mais est maintenant citoyen canadien—En 1993, une cérémonie d'adoption a été célébrée en Inde, l'acte d'adoption a été enregistré et le tuteur à l'instance du demandeur a déposé un engagement d'aide pour parrainer l'admission du demandeur au Canada en tant que fils adoptif—La demande de visa a été rejetée—Le demandeur a continué à vivre en Inde avec ses grands-parents, même s'il a rendu régulièrement visite à ses parents—En 1998, le demandeur est arrivé illégalement au Canada—Une ordonnance d'adoption a été rendue en Ontario en 1999—Les notes STIDI de la fonctionnaire de l'immigration indiquent qu'elle a demandé à l'avocate du demandeur de quitter la salle à cause de ses interruptions constantes qui perturbaient l'entrevue—L'entrevue du demandeur s'est poursuivie en l'absence d'un conseil (technicienne parajuridique)—La fonctionnaire a conclu que l'adoption n'était pas authentique, mais n'a pas mentionné l'adoption faite en Ontario—Demande accueillie—La norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable *simpliciter*—1) Étant donné que l'entrevue n'est pas requise, rien n'exige, si elle est tenue, qu'elle ait les caractéristiques d'un processus judiciaire: *Charles c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 241 N.R. 398 (C.A.F.)—La jurisprudence subséquente, dont l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, n'a pas rendu caduc l'arrêt *Charles*—Dans l'arrêt

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Baker, le juge L'Heureux-Dubé a indiqué clairement que la tenue d'une audience ou d'une entrevue ne constitue pas une composante essentielle du devoir d'équité qui s'applique dans le cas des demandes fondées sur des raisons d'ordre humanitaire—Lorsqu'une entrevue est accordée, elle doit se dérouler de manière à assurer que l'intéressé et les personnes dont les intérêts sont profondément touchés par la décision aient réellement la possibilité de faire valoir leur point de vue—Le fonctionnaire de l'immigration peut décider, à sa discrétion, de tenir ou non une entrevue—En l'espèce, il était loisible à la fonctionnaire de l'immigration de refuser à l'avocate ou assistante d'être présente à l'entrevue—Dans la façon dont elle a mené l'entrevue, la fonctionnaire n'a pas manqué à son obligation d'agir avec équité—2) Bien qu'une adoption faite en conformité avec les lois d'une province ne constitue pas, en matière d'immigration, une preuve déterminante de l'existence d'un lien de filiation entre l'enfant adoptif et ses parents adoptifs, il s'agit d'un facteur pertinent dont il y a lieu de tenir compte, surtout lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant est en jeu—L'art. 136(2) de la Loi sur les services à l'enfance et à la famille (LSEF) énumère les facteurs dont il faut tenir compte dans une requête en adoption introduite en Ontario—Ces facteurs se rapportent à l'intérêt supérieur de l'enfant et pas simplement à l'aptitude du requérant à adopter un enfant—La liste des facteurs est suffisamment large pour englober le cas du demandeur, lequel se caractérise notamment par ses relations avec ses parents biologiques, son séjour illégal au Canada et ses rapports avec ses parents adoptifs proposés—L'art. 157 de la LSEF prévoit que l'ordonnance d'adoption rendue en vertu de cette loi est définitive et irrévocable, sous réserve seulement de tout appel prévu par la Loi, et il prévoit en outre que l'adoption ne peut être révisée par un tribunal—La révision d'une ordonnance d'adoption dans le cadre d'une procédure discrétionnaire visant une loi et une politique validement adoptées en matière d'immigration ne tombe manifestement pas sous le coup de l'art. 157—La fonctionnaire de l'immigration ne disposait d'aucun élément de preuve au sujet de la preuve qui avait été soumise au juge ontarien qui avait fait droit à la requête en adoption et au sujet des facteurs, s'il en est, dont ce juge a tenu compte pour apprécier l'intérêt supérieur du demandeur—L'obligation de la fonctionnaire de l'immigration d'«examiner avec beaucoup d'attention» l'intérêt supérieur du demandeur en tant qu'enfant, couplée à celle qu'elle avait de respecter les lois validement adoptées d'une province ainsi que les mesures prises par des tribunaux, régulièrement constitués conformément à ces lois, imposaient à la fonctionnaire de l'immigration l'obligation de reconnaître l'adoption ontarienne dans ses notes tenant lieu de motifs de décision; si elle n'était pas convaincue que les éléments d'information portés à sa connaissance au sujet de cette adoption étaient suffisants pour lui permettre de bien apprécier

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

l'intérêt supérieur de l'enfant par suite de l'adoption, la fonctionnaire de l'immigration avait l'obligation d'en informer le demandeur et de lui fournir la possibilité raisonnable de recueillir ces renseignements et de les lui transmettre—En l'absence d'une preuve dans les motifs de la fonctionnaire de l'immigration qu'elle a dûment tenu compte des incidences de l'adoption ontarienne en s'acquittant de sa tâche d'examiner «avec beaucoup d'attention» l'intérêt supérieur du demandeur, la décision qu'elle a rendue est entachée d'une erreur qui en justifie le contrôle judiciaire—3) La fonctionnaire de l'immigration n'a pas tenu compte de facteurs non pertinents—L'appréciation de tous les facteurs pertinents était une tâche incombant à une fonctionnaire de l'immigration—Loi sur les services à l'enfance et à la famille, L.R.O. 1990, ch. C.11, art. 136(2), 157.

CHEEMA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DEL'IMMIGRATION) (IMM-2187-01, 2002 CFPI 638, juge Gibson, ordonnance en date du 4-6-02, 19 p.)

COMMERCE INTÉRIEUR

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) a jugé que les termes du marché public n'étaient pas clairs et qu'ils contrevenaient à l'art. 506(6) de l'Accord sur le commerce intérieur et à l'art. 1013 de l'Accord de libre-échange nord-américain—Le TCCE a d'abord rejeté la prétention selon laquelle la plainte n'a pas été déposée dans les délais prescrits—Le 2 avril 2001, Travaux publics a lancé une demande de proposition (DP) en vue de la planification et de l'acquisition d'équipement informatique pour Développement des ressources humaines Canada—L'entrepreneur titulaire était Hewlett-Packard—Après le lancement de la DP, Travaux public a répondu, par l'intermédiaire de modifications publiées à divers moments, à environ 135 questions posées par des soumissionnaires—L'argument principal entre les parties concernait l'interprétation à donner au terme «partitionnement»—Les questions et réponses pertinentes se trouvent dans les modifications datées du 7 mai, du 18 mai et du 5 juin 2001—Les soumissions de Hewlett-Packard (HP) et de IBM ont toutes deux été jugées conformes, mais IBM a été choisie comme adjudicataire—Les 17 et 21 septembre, HP a transmis deux avis d'opposition—L'art. 6(1) du Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics exige que le fournisseur potentiel dépose une plainte dans les 10 jours ouvrables suivant la date où il a découvert ou aurait dû vraisemblablement découvrir les faits à l'origine de la plainte—Demandes accueillies—1) Le TCCE a compétence pour décider si une plainte est prescrite—L'interprétation de l'art. 6(1) ne soulève aucune question juridique—La détermination du point de départ constitue une

COMMERCE INTÉRIEUR—Suite

pure question de fait—La connaissance qu'a le TCCE de la procédure de passation des marchés publics en fait le mieux placé pour se prononcer sur le moment où un plaignant a découvert ou aurait dû découvrir les faits à l'origine d'une plainte—La norme de contrôle judiciaire est celle de la décision manifestement déraisonnable—2) Les plaintes fondées sur l'interprétation des termes d'une DP doivent être présentées dans les 10 jours suivant le moment où l'ambiguïté ou le manque de clarté allégué est devenu ou aurait dû normalement devenir apparent—Mais lorsqu'existe une ambiguïté latente, c'est-à-dire une ambiguïté qui ne se manifeste qu'à un stade tardif de la procédure, le TCCE conclut que le délai pour le dépôt d'une plainte ne commence à courir qu'à partir du moment où quelque chose suscite l'attention d'un fournisseur potentiel à propos de l'existence de cette ambiguïté—Les motifs du TCCE quant au respect des délais prescrits ne traitent pas de la question de savoir si la réponse à la dernière question pertinente aurait dû attirer l'attention de HP et l'inciter à agir immédiatement—En l'absence d'explication rationnelle, l'appel à la déférence à l'égard du TCCE est affaibli—Si HP était d'avis qu'une réponse aussi claire (un environnement de système d'exploitation simple et un environnement de systèmes d'exploitation multiples étaient tous deux acceptables) venait contredire les exigences du marché public, elle aurait dû déposer une plainte immédiatement au lieu d'attendre que la procédure de passation du marché public soit terminée—Le Règlement tente précisément de décourager ce genre d'attitude—Il était impossible pour le Tribunal de conclure à une ambiguïté latente—Il est manifestement déraisonnable que le TCCE ait conclu que HP ne pouvait découvrir les faits que le 12 septembre 2001 (date à laquelle l'adjudicataire a été choisi)—S'il y avait un doute quelconque quant à l'incidence de la réponse, la question aurait dû être soulevée au moment de la diffusion de la modification—Il est manifestement déraisonnable que le TCCE n'ait pas rejeté les plaintes au motif qu'elles étaient prescrites—Accord sur le commerce intérieur, *Gazette du Canada*, Partie I, vol. 129, n° 17 (29 avril 1995), art. 506(6)—Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, et le gouvernement des États-Unis du Mexique et le gouvernement des États-Unis d'Amérique, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2, art. 1013—Le Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics, DORS/93-602 (mod. par DORS/95-300, art. 2), art. 6(1).

IBM CANADA LTD. C. HEWLETT-PACKARD (CANADA) LTD.
(A-173-02, A-178-02, 2002 CAF 28, juge Décary,
J.C.A., jugement en date du 4-7-02, 14 p.)

Demande d'une ordonnance de *mandamus* enjoignant au défendeur de fournir des renseignements en vertu de

COMMERCE EXTÉRIEUR—Fin

l'art. 10(2) de la Loi sur la concurrence concernant la demande d'enquête du demandeur en application de l'art. 9 de la Loi—Entre les mois de mai 1999 et mars 2001, le demandeur a présenté de nombreuses plaintes au Bureau de la concurrence, alléguant une conduite en contravention de la Loi de la part de Delta Controls Systems Inc., un fabricant de systèmes de gestion de l'énergie, ainsi que de la part de son concessionnaire agréé, Durell Control Systems Inc.—Le Bureau a conclu que rien ne permettait de croire qu'une nouvelle enquête concernant une possible infraction à la Loi était justifiée ou appropriée—Une demande a été déposée en vertu de l'art. 9 et c'est relativement à cette demande que le demandeur cherche à obtenir un rapport d'étape en vertu de l'art. 10(2) de la Loi—Le défendeur a pleinement exécuté son obligation légale envers le demandeur en examinant ses plaintes, en déterminant qu'une enquête n'était pas justifiée et en l'avisant du résultat—La seule différence entre la demande actuelle du demandeur et ses plaintes antérieures est la façon dont l'enquête a été initiée—Une fois qu'une plainte a épuisé l'une des possibilités mentionnées, les droits sont également épuisés, sous réserve de la présentation de nouveaux éléments de preuve substantiels—Le demandeur n'a pas le droit en vertu de la loi de voir la même plainte faire l'objet d'enquêtes à répétition de la part du commissaire sans que de nouveaux éléments de preuve ne soient présentés—Le pouvoir d'accorder une ordonnance de *mandamus* est purement discrétionnaire—Les actions du demandeur équivalaient à un abus de procédure—La prépondérance des inconvénients ne favorise pas la délivrance d'une ordonnance de *mandamus* étant donné que le coût administratif qui s'ensuivrait est évident et inacceptable—Demande rejetée—Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 9 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 22; L.C. 1999, ch. 2, art. 6, 37b), 10 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 23; L.C. 1999, ch. 2, art. 7, 37c); ch. 31; art. 45).

CHARRETTE C. CANADA (COMMISSAIRE DE LA
CONCURRENCE) (T-1703-01, 2002 CFPI 698, juge
Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 20-6-02, 11 p.)

DROIT MARITIME**PRACTIQUE**

Requête en jugement sommaire déposée par la demanderesse—Action intentée contre les défendeurs et le navire *Haida Monarch* quant à la perte de billes, transportées en vertu d'un contrat et perdues dans le golfe de l'Alaska lorsque le navire s'est soudainement incliné sur son bord et a ensuite roulé violemment vers tribord—La cargaison de billes était couverte par la police sur facultés maritimes n° MR9800187 de la Lloyd's (la police)—L'action a été intentée au nom de Pacifica Papers Inc. par les assureurs maritimes qui lui ont délivré la police—Demande de jugement sommaire

DROIT MARITIME—Fin

quant aux moyens de défense soulevés par les modifications de la demande modifiée—La demanderesse prétend que les défendeurs ne sont pas des «assurés» en vertu de la police et qu'il s'agit donc d'un cas approprié pour un jugement sommaire en sa faveur—Les défendeurs soutiennent qu'ils sont des «assurés» en vertu de la police et que, s'il s'agit d'un cas approprié pour un jugement sommaire, celui-ci devrait être accordé en leur faveur—Demande rejetée—Le contrat prévoyait que chacune des parties devait prendre une assurance concernant ses propres intérêts—La question à trancher est de savoir s'il s'agit d'un cas approprié pour un jugement sommaire—Les principes généraux applicables à une demande de jugement sommaire formulés dans *Granville Shipping Co. c. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 C.F. 853 (1^{re} inst.), ont été appliqués—Le critère applicable a été récemment confirmé dans la décision *ITV Technologies Inc. c. WIC Television Ltd.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 174 (C.A.F.)—Le critère n'a pas été rempli—Étant donné les observations des parties, la détermination de la question de savoir si les défendeurs sont des «assurés» en vertu de la police est beaucoup trop complexe pour un jugement sommaire—En particulier, il s'avérerait impossible de maintenir une clause de renonciation à la subrogation sans se référer au contexte dans lequel le contrat a été fait—Le juge du procès aura l'occasion d'entendre les témoins, y compris un expert des questions d'assurance, d'entendre directement de la source ce qui est réellement arrivé et, ensuite, de se forger une opinion—Il ne serait dans l'intérêt ni de la justice ni des parties d'aborder la question de la couverture dans le cadre d'une requête en jugement sommaire.

PACIFICA PAPERS INC. C. KINGCOME NAVIGATION CO.
(T-2116-99, 2002 CFPI 676, juge Blais, ordonnance en date du 14-6-02, 14 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission canadienne des droits de la personne de statuer et effectuer une enquête sur la plainte de discrimination salariale fondée sur l'art. 11 de la Loi canadienne sur les droits de la personne déposée par le Syndicat des communications de Radio-Canada (SCRC)—La question est la suivante: est-ce que le caractère essentiel du litige soulevé par le SCRC relève de la convention collective conclue entre la Société et le SCRC, étant alors de la compétence exclusive d'un arbitre de grief à l'exclusion de la Commission?—La convention collective contient une clause prohibant la discrimination pour des raisons de sexe et une clause de règlement définitif des griefs par voie de grief et d'arbitrage—Le Code canadien du travail contient une clause privative complète à l'égard des décisions arbitrales—Demande rejetée—La norme de contrôle judiciaire qui s'applique ici est celle de la décision

DROITS DE LA PERSONNE—Suite

correcte—Il est établi que seule une disposition législative claire peut annuler l'application de l'art. 41(1) de la Loi sur les droits de la personne: *Société Radio-Canada c. Leila Paul*, [1999] 2 C.F. 3 (1^{re} inst.)—Dans *Ford Motor Co. of Canada v. Ontario (Human Rights Commission)*, [2001] O.J. n° 4937 (QL) (C.A.), la Cour d'appel de l'Ontario mentionne que la législation en matière des droits de la personne est de nature quasi-constitutionnelle et ne peut être écartée que par une disposition claire à cet effet—L'art. 60 du Code n'exclut pas la compétence de la Commission; il aurait fallu que ce soit fait de façon explicite—Pour annuler l'application de la Loi, il faut une disposition législative claire et sans équivoque, ce qui n'est pas le cas en l'espèce—L'essence du litige ne relève pas de l'application ou de l'interprétation de la convention collective mais bien de la négociation qui a eu lieu entre les parties, soit la Société et le SCRC—La jurisprudence sur la question n'étant pas définitivement établie et compte tenu d'appels devant la Cour suprême du Canada, le tout sera sans frais—Pour assurer une paix industrielle durable dans le monde patronal et syndical, le législateur aurait tout intérêt à confier à un seul et même organisme la compétence pour décider des conflits en matière d'emploi et des droits de la personne—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 11, 41(1) (mod. par L.C. 1994, ch. 26, art. 34; 1995, ch. 44, art. 49)—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 60.

SOCIÉTÉ RADIO-CANADA C. SYNDICAT DES COMMUNICATIONS DE RADIO-CANADA (FCN-CSN)
(T-1219-00, 2002 CFPI 793, juge Beaudry, ordonnance en date du 16-7-02, 15 p.)

Contrôle judiciaire de la décision du Tribunal canadien des droits de la personne annulant une requête pour modifier deux plaintes «en matière de disparité salariale»—Le syndicat a déposé trois plaintes groupées contre Bell Canada, dans lesquelles sont allégués des actes discriminatoires à l'égard des salaires payés aux employés de trois groupes composés principalement d'employés de sexe féminin, en comparaison à des employés de trois groupes comparables composés principalement d'employés de sexe masculin—L'employeur et le syndicat ont entrepris un Projet mixte relatif à l'équité salariale—Cette étude mixte concluait à l'existence de disparités structurelles quant à la rémunération des employés syndiqués de Bell, en indiquant que les emplois à prépondérance féminine recevaient un taux horaire inférieur aux emplois à prépondérance masculine de valeur égale—Vu l'échec des tentatives de règlement, des plaintes ont été déposées—Des modifications aux plaintes initiales ont ensuite été déposées, remplaçant la catégorie d'emploi à prépondérance masculine comparable de classes d'emplois particulières par les classes d'emploi dont on fait mention dans le rapport final de l'étude mixte—La Commission a

DROITS DE LA PERSONNE—Suite

produit trois rapports d'enquête faisant tous référence aux plaintes modifiées—Les rapports comprenaient la recommandation de renvoyer les plaintes à un tribunal—Les plaintes ont été renvoyés au Tribunal par des lettres les énumérant, mais une seule plainte était désignée comme étant «telle que modifiée»—Le Tribunal a ensuite rejeté la requête par laquelle la Commission demandait que les plaintes modifiées remplacent les plaintes initiales—Demande accueillie—1) La décision du Tribunal étant basée sur une question de droit, la norme de contrôle est celle du bien-fondé—2) Cette décision interlocutoire est sujette au contrôle judiciaire—Selon l'arrêt *Citizen's Mining Council of Newfoundland and Labrador Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (1999), 17 Admin. L.R. (3d) 287 (C.F. 1^{re} inst.), une décision interlocutoire est sujette au contrôle judiciaire si elle définit la portée de la décision définitive et si elle a une importance suffisante—Les modifications des plaintes définissent la portée de l'audience et de la décision du Tribunal; elles ont une importance suffisante pour que le demandeur n'ait pas à attendre que le Tribunal rende sa décision avant de commencer le procédé de contrôle judiciaire—Selon l'arrêt *Groupe G. Tremblay Syndics Inc. c. Canada (Surintendant des faillites)*, [1997] 2 C.F. 719 (C.F. 1^{re} inst.), une décision interlocutoire qui affecte les droits du requérant est sujette au contrôle judiciaire—Puisque les droits du plaignant que ses plaintes concernant les droits de la personne soient examinées de façon approfondie par le Tribunal sont affectés par la décision interlocutoire, ce jugement interlocutoire affecte les droits des parties et est sujet au contrôle judiciaire—En outre, la Cour accepte les demandes de contrôle judiciaire d'une décision interlocutoire pour laquelle le Tribunal reconnaît qu'il n'a pas la compétence nécessaire pour juger une question qui affectera le droit des parties—Le Tribunal a formulé son jugement rejetant les modifications comme étant une question de manque de compétence—3) Le Tribunal a commis une erreur en ne modifiant pas les plaintes compte tenu que les plaintes modifiées constituaient le sujet de l'enquête et des recommandations considérées par la Commission quant à sa décision de renvoyer les plaintes au Tribunal—De plus, dans l'arrêt *Bell Canada c. le Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier*, [1999] 1 C.F. 113, la C.A.F. a fait remarquer que la Commission avait omis par erreur les termes «sous leur forme modifiée» relativement aux plaintes—Le Tribunal a manifestement la compétence de modifier, à n'importe quel moment, une plainte non conforme pour la rendre conforme à la nature de l'audience qu'il préside: *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970—Cette jurisprudence est reprise dans les décisions de la Cour fédérale quant aux modifications d'actes de procédure en vertu de la règle 75 des Règles de la Cour fédérale (1998)—De plus, puisque la Commission peut

DROITS DE LA PERSONNE—Suite

déposer les plaintes modifiées à n'importe quel moment, il est logique, pour la Commission, de demander l'autorisation de modifier les plaintes initiales déposées par erreur—Les modifications ont eu lieu avant que les plaintes ne soient renvoyées au Tribunal—La requête en modification représentait une tentative de correction d'une erreur évidente et de mise à jour de l'audience du Tribunal par rapport aux preuves pertinentes, et non une tentative de présentation de plaintes tout à fait nouvelles pour une audience déjà en cours—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 75.

CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) C. ASSOCIATION CANADIENNE DES EMPLOYÉS DE TÉLÉPHONE (T-1809-00, 2002 CFPI 776, juge Kelen, ordonnance en date du 11-7-02, 16 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Commission canadienne des droits de la personne a rejeté la plainte du demandeur dans laquelle celui-ci alléguait avoir fait l'objet d'une distinction fondée sur des motifs illicites (l'âge et la race) de la part de son ancien employeur, la Banque de Nouvelle-Écosse—*Plainte rejetée conformément à l'art. 44(3)b(i) de la Loi canadienne sur les droits de la personne* qui oblige la Commission à rejeter la plainte si elle est convaincue que, compte tenu des circonstances relatives à la plainte, l'examen de celle-ci n'est pas justifié—Lorsqu'elle exerce le rôle que lui confie l'art. 44, la Commission exécute une fonction d'examen préalable—Cette fonction donne lieu à un degré élevé de retenue judiciaire—La norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable—Comme la Commission a délégué ses pouvoirs d'enquête, il est logique que l'enquêteur passe en revue et résume les observations des intéressés et qu'il soumette à la Commission un dossier dont le contenu se limite au rapport de l'enquêteur et aux réponses à ce rapport—Cette façon de procéder s'accorde avec la pratique de la Commission de demander à l'enquêteur de ne soumettre que la plainte initiale, le rapport de l'enquêteur et la réponse des parties—Bien que les parties aient présenté des observations supplémentaires, en l'occurrence la réponse de la Banque à la plainte du demandeur, ainsi que la réponse subséquente présentée par le demandeur, l'enquêteur a vraisemblablement reçu ces observations avec l'intention d'en tenir compte uniquement pour rédiger son rapport à la Commission—À l'étape de l'enquête, la pratique de la Commission consiste à préparer un résumé de la thèse du mis en cause et d'en fournir un résumé au plaignant pour qu'il y réponde—Il semble toutefois que le mis en cause reçoive la version intégrale des observations du demandeur et qu'il soit invité à les commenter—Le demandeur allègue que ces irrégularités procédurales constituent un manquement à l'équité procédurale—Les deux parties se sont prévaluées de la

DROITS DE LA PERSONNE—Suite

possibilité de répondre au rapport lorsque l'enquêteur les a invitées à le faire—L'enquêteur a fixé un délai ainsi qu'une limite de 10 pages aux observations—Le demandeur a présenté un document de 8½ pages, 12 jours avant la date limite—L'enquêteur a fait parvenir les observations du demandeur à la défenderesse pour que celle-ci puisse répondre à tout élément nouveau qui avait été soulevé—La défenderesse a soumis un document de 24 pages, 17 jours après l'expiration du délai, en répondant point par point aux observations du demandeur et en joignant une quarantaine de pages d'annexes, y compris le texte intégral des observations initiales—Selon le demandeur, le déséquilibre constitue un manquement à l'équité procédurale—Pour qu'il existe un fondement juste qui permet à la Commission d'évaluer s'il y a lieu de constituer un tribunal en vertu de l'art. 44(3)a), l'enquête menée avant cette décision doit être neutre et exhaustive; *Slattery c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1994] 2 C.F. 574 (1^{re} inst.)—L'enquête ne doit pas être empreinte de partialité ou d'iniquité; *Miller c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (1996), 112 F.T.R. 195 (C.F. 1^{re} inst.)—Si le dossier est défectueux, la décision elle-même est défectueuse—L'équité exige que les parties aient la «possibilité» de répondre au rapport de l'enquêteur—Le demandeur a vu sa possibilité de répondre compromise en l'espèce—La Commission a commis une erreur en acceptant les observations finales de la Banque—Les observations de la Banque étaient irrégulières en ce sens qu'elles n'étaient pas conformes à leur raison d'être et dépassaient les limites de pages et de temps—L'équité exige que ces limites soient appliquées de façon uniforme—La Commission devrait écarter les observations entachées d'irrégularités ou ne pas en tenir compte, ou devrait du moins accorder à l'autre partie la possibilité d'y répondre—La Commission était saisie d'un dossier vicié ou irrégulier—La décision reposait donc sur des preuves viciées ou irrégulières—Le plaignant n'a pas eu la possibilité de relever ces irrégularités car il en ignorait l'existence—Manquement à l'équité procédurale—Demande accueillie—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 44(3)b)(i) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 64).

LEE C. BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE (T-2198-00, 2002 CFPI 753, juge Layden-Stevenson, ordonnance en date du 9-7-02, 17 p.)

Appel d'une ordonnance du juge des requêtes ((2001), 201 F.T.R. 226 (C.F. 1^{re} inst.)) accueillant une demande de contrôle judiciaire du rejet de la plainte de M^{me} Singh par la Commission canadienne des droits de la personne—Le juge des requêtes a conclu que la Commission n'avait pas tenu une enquête rigoureuse, n'abordant pas la question de la discrimination—Le contrôle judiciaire d'une décision de la

DROITS DE LA PERSONNE—Fin

Commission est justifié lorsque l'omission de l'enquêteur ne peut être corrigée par l'intervention du plaignant en réponse; *Slattery c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1994] 2 C.F. 574 (1^{re} inst.); conf. par (1996), 205 N.R. 383 (C.A.F.)—L'enquêteur n'a pas examiné à fond l'allégation que les explications de l'employeur pour le renvoi n'étaient qu'un prétexte pour en dissimuler les vrais motifs—Le rapport de la Commission de la fonction publique sur lequel l'enquêteur s'est appuyé pour déterminer le motif du renvoi ne pouvait examiner la possibilité que la vraie raison du renvoi était l'âge, la nationalité ou l'origine ethnique—M^{me} Singh ne pouvait rien présenter qui aurait pu corriger l'erreur de l'enquêteur—Nonobstant le fait que la Commission a un large pouvoir discrétionnaire pour rejeter une plainte non fondée, une décision fondée sur une enquête insatisfaisante n'est pas raisonnable puisque le défaut découle de la preuve elle-même sur laquelle la Commission s'est fondée pour tirer ses conclusions—Appel rejeté.

SINGH C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-239-01, 2002 CAF 247, juge Malone, J.C.A., jugement en date du 11-6-02, 4 p.)

FONCTION PUBLIQUE**RELATIONS DU TRAVAIL**

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent de recours avait rejeté la plainte que le demandeur avait déposée auprès de la Commission de la fonction publique (la CFP) en alléguant ne pas avoir été traité d'une façon conforme au droit de priorité qui lui était reconnu à l'art. 30(1) de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique (droit d'être nommé en priorité à un autre poste reconnu aux fonctionnaires en congé qui sont remplacés par une autre personne)—Il s'agissait de savoir si l'affaire n'avait plus qu'un intérêt théorique et, dans la négative, si la politique de la CFP relative aux bénéficiaires de priorité contrevenait à l'art. 30(1) de la Loi—Depuis qu'il avait déposé sa plainte au mois de janvier 2000, à un moment où il n'avait pas d'emploi, le demandeur avait accepté un poste dans la fonction publique—Demande rejetée—La question n'a plus qu'un intérêt théorique parce qu'elle ne satisfait pas au critère relatif au «litige actuel»—De toute façon, la politique ne contrevient pas à l'art. 30(1) de la Loi—Une infrastructure administrative a été mise sur pied en vue d'établir un lien entre les fonctionnaires qui ont droit à la priorité et les postes à doter—Aucune disposition de la Loi ne précise la nature de l'infrastructure—Deux composantes: l'une se rapporte aux postes pour une période indéterminée et aux postes pour une période déterminée de plus de 12 mois; l'autre se rapporte aux postes pour des périodes plus brèves—En général, la CFP

FONCTION PUBLIQUE—Fin

préfère mettre l'accent, au point de vue de l'exploitation, sur la présentation des bénéficiaires de priorité à des emplois pour une période indéterminée ou à des emplois à long terme pour une période déterminée et s'assure qu'il y a un mécanisme de rechange permettant aux bénéficiaires de priorité d'avoir directement accès à des emplois à court terme pour une période déterminée—Le demandeur affirmait que la politique énoncée dans la deuxième composante avait pour effet de permettre à la CFP d'exclure des dispositions de l'art. 30(1) de la Loi les nominations pour une période déterminée de moins de 12 mois et les prolongations pour une période déterminée, de sorte qu'elle violait la Loi—Une politique peut être obligatoire sur le plan interne pour les personnes qui sont tenues de la mettre en œuvre, mais elle ne peut pas être utilisée ou être invoquée comme moyen de créer des droits externes—Le principe fondamental veut qu'il ne soit pas approprié pour les tribunaux d'intervenir dans la politique gouvernementale en l'absence d'une contestation fructueuse fondée sur la Charte: *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281—Il ressort de l'art. 4(1) de la Loi ainsi que de la Loi dans son ensemble que le législateur voulait conférer à la CFP de larges pouvoirs à l'égard de l'administration de la Loi—L'intervention de la Cour en ce qui concerne la politique en question n'est pas appropriée et n'est pas justifiée—Même à supposer qu'il était approprié d'examiner à fond la décision, les conclusions tirées par l'agent de recours étaient convaincantes—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 4(1), 30(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 20).

CAHILL C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-28-01, 2002 CFPI 773, juge Layden-Stevenson, ordonnance en date du 11-7-02, 14 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

Demande de contrôle judiciaire du jugement par lequel la Cour canadienne de l'impôt a rejeté un appel interjeté à l'encontre de la décision du MRN de refuser un remboursement d'une portion des cotisations versées par le demandeur en sa qualité d'employeur, conformément au Régime de pensions du Canada—Les employés du demandeur ont payé des cotisations trop élevées pour la période en litige et les trop-perçus ont depuis été déterminés et remboursés—Rien ne justifie le rejet de la demande de l'employeur concernant un remboursement de sommes égales à celles remboursées aux employés—Le défendeur n'a suggéré aucun autre motif pour justifier la conclusion que le montant du trop-perçu de cotisations de l'employeur n'était pas égal au montant du trop-perçu calculé par le ministre pour les employés—

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

Demande accueillie—Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8.

AGPRO SERVICES C. M.R.N. (A-34-00, 2002 CAF 253, juge Noël, J.C.A., ordonnance en date du 11-6-02, 3 p.)

CALCUL DU REVENU*Déductions*

Appel interjeté d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt ([2001] 2 C.T.C. 2714) faisant droit à l'appel formé contre les nouvelles cotisations établies sous le régime de la Loi de l'impôt sur le revenu relativement aux années d'imposition 1996 et 1997—L'art. 56(1)v) de la Loi de l'impôt sur le revenu exige l'inclusion dans le revenu de toute indemnité reçue aux termes d'une loi fédérale ou provinciale sur les accidents du travail pour blessure, invalidité ou décès alors que l'art. 110(1)f) en permet la déduction dans le calcul du revenu imposable—La Cour de l'impôt a statué que l'intimée avait reçu l'indemnité pendant qu'elle était incapable de travailler en raison d'un accident du travail visé aux art. 56(1)v) et 110(1)f) de la Loi—Elle a conclu que l'indemnité avait été reçue en conformité avec la convention collective, mais qu'elle avait néanmoins été reçue «en vertu» ou «aux termes» de la Loi sur les accidents du travail du Nouveau-Brunswick—Pour tirer cette conclusion, le juge s'est appuyé sur le texte de la convention collective, laquelle adopte le processus d'attestation de l'invalidité de la Commission des accidents du travail du Nouveau-Brunswick—Appel accueilli—L'indemnité a été versée et reçue en vertu de la convention collective et en conformité avec les conditions prévues par celle-ci—Le fait que l'une des conditions exigeait que l'accident du travail subi par l'intimée fasse l'objet d'une attestation de la part de la Commission des accidents du travail n'a rien changé au fait que l'indemnité avait été versée et reçue en application de la convention collective et non de la Loi sur les accidents du travail, notamment parce que l'entente suivant laquelle la Commission offre à l'employeur son processus d'attestation relatif aux accidents est une convention de nature exceptionnelle conclue par voie administrative—De plus, les paiements de l'indemnité ont été faits sans respecter les dispositions de la Loi—L'indemnité n'a pas été payée «en vertu» de la Loi sur les accidents du travail—L'intimée n'aurait aucun recours sous le régime de la Loi sur les accidents du travail si l'indemnité cessait de lui être versée sans cause ni raison—Le libellé des art. 56(1)v) et 110(1)f) exclut les paiements qu'un employeur verse à un travailleur invalide en application d'un programme de prestations pour invalidité de longue durée—Ces dispositions ne soulèvent pas d'ambiguïté—Le Bulletin d'interprétation IT-220R2 soulève une ambiguïté dans la mesure où il paraît envisager que l'indemnité tombe sous le coup des dispositions pertinentes

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

même si elle n'est pas payée ou reçue en vertu d'une loi sur les accidents du travail—La Loi elle-même ne comporte aucune ambiguïté de ce genre—Le Bulletin, qui n'est pas un document de nature législative, ne peut donner naissance à une ambiguïté alors même qu'il ne s'en trouve aucune dans la Loi—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 56(1)*v*), (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. III, art. 13), 110(1)*f*) (mod., *idem*, art. 49)—Loi sur les accidents du travail, L.R.N.-B. 1973, ch. W-13.

CANADA C. WHITNEY (A-305-01, 2002 CAF 266, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 21-6-02, 7 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt qui a confirmé le refus du ministre d'accorder au demandeur un crédit d'impôt pour emploi à l'étranger (CIEÉ) quant à l'année d'imposition 1997—Le ministre a fondé son refus sur sa conclusion que le demandeur n'a pas satisfait aux critères de l'art. 122.3 de la Loi de l'impôt sur le revenu parce qu'il était un entrepreneur indépendant et non pas un employé de Stem Applications Inc.—Le demandeur est un ingénieur très spécialisé possédant de l'expertise dans l'installation et l'entretien des ordinateurs et des machines connexes utilisés dans la fabrication de boîtes de conserve—En 1997, Stem a fait une offre de services à deux compagnies américaines et a conclu des contrats avec les deux—Le demandeur a rendu ces services et a vécu à l'extérieur du Canada pendant plus de six mois—Les résidents du Canada sont généralement imposés sur leurs revenus mondiaux—Les personnes qui exercent des fonctions dans un pays étranger en tant qu'employées de sociétés canadiennes peuvent bénéficier d'un CIEÉ—Le juge de la Cour de l'impôt a commis plusieurs erreurs lorsqu'il a statué sur l'affaire—Premièrement, le juge «a percé le voile corporatif» dans la mesure où il est passé outre à l'entité corporative elle-même pour évaluer les actes du demandeur—La levée du voile corporatif est contraire aux principes établis depuis longtemps en droit corporatif—En l'absence d'allégation selon laquelle la société constitue un «trompe-l'œil» ou un véhicule permettant à des actionnaires putatifs de commettre des fautes et en l'absence d'autorisation statutaire, les tribunaux doivent respecter les rapports juridiques créés par un contribuable—Le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur lorsqu'il s'est penché sur la réalité économique entre Stem et le demandeur alors que ni la loi ni la common law ne l'autorisaient à le faire—Le juge a commis une autre erreur en concluant que le demandeur n'était pas un employé de Stem—Le juge n'a pas tenu compte du principe bien établi selon lequel une société possède sa propre personnalité juridique, distincte de celle de ses actionnaires—Le juge a eu raison de conclure que Stem détenait les outils et l'équipement et que cela indiquait l'existence d'un lien d'emploi—Le juge

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

s'est toutefois trompé dans ses conclusions relatives au contrôle, aux possibilités de profits et aux risques de pertes—C'est avec Stem, et non pas avec le demandeur, que les tiers ont conclu un contrat pour bénéficier de l'expertise du demandeur, et Stem a le pouvoir légal, en tant que société, de contrôler le demandeur—Le juge a commis une erreur en concluant que le demandeur, à titre personnel, jouissait du contrôle—Quant aux possibilités de profits et aux risques de pertes, c'est Stem, et non pas le demandeur, qui récolte les profits et subit les pertes—Le ministre n'a pas relevé le fardeau de la preuve qui lui incombait dans le cadre de la présente demande—La demande est accueillie—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985 (5^e suppl.), ch. 1, art. 122.3 (édicte par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 99; ch. 21, art. 56; 1997, ch. 25, art. 31).

MEREDITH C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-443-01, 2002 CAF 258, juge Malone, J.C.A., jugement en date du 3-7-02, 8 p.)

PÉNALITÉS

Demande de contrôle judiciaire de la décision du M.R.N. de rejeter la demande présentée par le demandeur en vertu de la «disposition d'équité» figurant à l'art. 220(3.1) de la Loi de l'impôt sur le revenu en vue de la renonciation aux pénalités et intérêts à l'égard de l'impôt sur le revenu personnel du demandeur relatif aux années 1996, 1997, 1998, 1999, 2000—Demande rejetée—Dans les affaires mettant en cause l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, la cour de révision peut intervenir seulement si la décision a été prise de mauvaise foi, s'il n'a pas été tenu compte de faits pertinents, s'il a été tenu compte de faits non pertinents ou si la décision est erronée en droit—Il n'appartient pas à la Cour d'examiner le bien-fondé de la demande du demandeur—L'argument fondé sur l'équité, à savoir que puisqu'il a été fait droit à la demande de renonciation aux intérêts et pénalités relative à la TPS et aux OPT, il devait également être fait droit à la demande relative à l'impôt sur le revenu personnel, est dénué de fondement—Même s'il existait des éléments de preuve au sujet des renseignements sur lesquels la décision du représentant ministériel est fondée en ce qui concerne la TPS et les OPT, les contradictions entre les décisions ne constituent pas un motif de contrôle judiciaire: *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756—Les demandes de réparation ont été faites à des moments différents; elles s'appliquaient à la même période, mais elles ont été faites à des moments différents; elles ont été faites en vertu de lois différentes, par des représentants ministériels différents—Chaque cas doit être tranché selon les faits qui lui sont propres—Le deuxième argument, à savoir l'omission de fournir des motifs, est également rejeté—Le dossier du

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

défendeur, qui renferme divers documents au sujet de la demande, y compris le sommaire ministériel de la demande fondée sur l'équité ainsi que les renseignements financiers fournis par le demandeur, en plus de la lettre, constituent des motifs suffisants à l'appui de la décision—Le demandeur aurait pu demander la production de ces documents, mais il ne l'a pas fait—Les renseignements figurent de toute façon dans le dossier du défendeur—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.) ch. 1, art. 220(3.1) (édicte par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 181; ann. VIII, art. 127).

CHAPMAN C. M.R.N. (T-1561-01, 2002 CFPI 655, juge Layden-Stevenson, ordonnance en date du 21-6-02, 8 p.)

PRATIQUE

Requête visant à obtenir que la demande de contrôle judiciaire soit jugée sur dossier—Le demandeur, détenu dans un établissement à sécurité minimale, n'avait pas les fonds nécessaires pour retenir les services d'un avocat ni pour payer un accompagnateur pour faire l'aller-retour au tribunal pour une audience—Il craignait d'être désavantagé en faisant son argumentation en audience publique—Il a fait remarquer qu'une ordonnance selon l'art. 45 des Règles enjoignant à la Couronne de l'amener devant la Cour représenterait des frais additionnels inutiles pour les contribuables—Requête accueillie—Les motifs du juge Muldoon dans *MacDonald c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1986] 3 C.F. 157 (1^{re} inst.), et du juge Gibson dans *Li c. Canada (Service correctionnel)* (1996), 119 F.T.R. 285 (C.F. 1^{re} inst.), représentent deux extrémités opposées du spectre quant à savoir si les demandes de contrôle judiciaire peuvent être jugées sur dossier—Le juge Muldoon a considéré l'utilisation des observations écrites, pour décider d'une question de contrôle judiciaire, comme équivalant à un droit lorsque l'autre option pourrait consister à empêcher un détenu d'avoir un accès pratique à la Cour ou de gêner cette personne lorsqu'elle fait des observations—Le juge Gibson a considéré le fait de juger un contrôle judiciaire sur documents comme une procédure exceptionnelle admise seulement lorsqu'il y a des circonstances spéciales—Les deux décisions dans *MacDonald* et *Li* ont été rendues en vertu des Règles de la Cour fédérale en vigueur avant 1998, lesquelles conféraient à la Cour un pouvoir discrétionnaire lui permettant de déterminer si la nature de la demande était telle qu'il était opportun d'en disposer sur documents—La règle 369(1) des Règles de la Cour fédérale (1998) prévoit qu'un requérant peut, dans l'avis de requête, demander que la décision à l'égard de la requête soit prise uniquement sur la base de ses prétentions écrites—Il confère le droit, sous réserve de la possibilité implicite pour la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire, d'exiger une audience—La règle 369(2) permet à la Cour de changer une requête écrite en une requête

PRATIQUE—Suite

verbale, mais exige une preuve substantielle indiquant que l'on ne peut trancher l'affaire de manière adéquate sur documents—Étant donné l'approche beaucoup plus permissive retenue dans les Règles de la Cour fédérale (1998), l'approche du juge Muldoon (il devrait y avoir des circonstances spéciales pour empêcher un plaideur d'avoir un accès pratique au moyen d'une demande écrite, en particulier lorsque le coût et l'emprisonnement représentent des facteurs évidents et lorsqu'un profane mal à l'aise peut ne pas être en mesure de faire des observations verbales appropriées et efficaces) est préférable—Les règles de procédure doivent être respectées, de même que les exigences normales du décorum—De plus, la Cour peut exiger une audience lorsqu'il y a une preuve substantielle que l'affaire ne peut être présentée de manière adéquate par écrit—Refuser la procédure de requête écrite n'empêcherait pas seulement le demandeur d'avoir un accès pratique et significatif à la Cour, mais pourrait également le priver de tout accès—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 45, 369.

CRAWSHAW C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-2095-01, 2002 CFPI 732, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 28-6-02, 6 p.)

ACTES DE PROCÉDURE*Requête en radiation*

Déclaration quasiment identique à la lumière des faits substantiels, de la cause d'action et de la réparation demandée, à la déclaration déposée en 1997 qui a été rejetée pour cause de retard en vertu de la règle 382 des Règles de la Cour fédérale (1998)—Après un avis d'examen de l'état de l'instance parce que plus de 360 jours s'étaient écoulés depuis la présentation de la déclaration et qu'aucune requête visant la tenue d'une conférence préalable à l'instruction n'avait été déposée, le juge Dubé a ordonné au demandeur de répondre à la défense dans les 20 jours et d'instituer une action conformément aux Règles—Un deuxième avis d'examen de l'état de l'instance a été émis—L'action a été rejetée pour cause de retard—La Cour d'appel a confirmé cette décision—Requête accueillie—La radiation d'un acte de procédure (règle 221) fait partie des Règles de la Cour fédérale (1998) au même titre que les dispositions concernant la gestion de l'instance (règles 380 à 391)—La jurisprudence a établi les paramètres qui définissent la doctrine de l'abus de procédure: 1) il s'agit d'une doctrine souple qui ne se limite pas à l'une ou l'autre des nombreuses catégories établies; 2) elle vise l'ordre public sur lequel on a recours pour prononcer l'irrecevabilité de procédures qui ne sont pas conformes à cette fin; 3) son application dépend des circonstances et est fondée sur les faits et le contexte; 4) elle vise à protéger les plaideurs contre des procédures abusives, vexatoires et futiles,

PRATIQUE—Suite

sinon à empêcher qu'une erreur judiciaire ne soit commise; 5) un ensemble de règles de procédure particulières peut fournir un cadre particulier en vue de son application—Si on applique ces principes, même si la demande n'a pas été entendue sur le fond, le fait pour le demandeur de déposer à nouveau sa demande après son rejet en vertu des règles de la gestion de l'instance constitue une procédure abusive—Le demandeur a eu toutes les possibilités raisonnables de présenter sa cause en vue d'obtenir une décision au fond, notamment par suite de l'ordonnance prononcée par le juge Dubé, mais il n'a pas respecté cette ordonnance, d'où le rejet de sa première action—Permettre au demandeur d'instituer une deuxième action qui n'est que le simple reflet de sa première action tournerait en dérision les règles de gestion des instances—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 221, 382.

SAUVE C. CANADA (T-70-02, 2002 CFPI 721, juge Lemieux, ordonnance en date du 2-7-02, 10 p.)

FRAIS ET DÉPENS

Le demandeur a réclamé le 4 juin 2000 un redressement ministériel ayant trait à l'art. 19(1)*f* de la Loi sur l'immigration—Comme aucune décision n'avait été prise, le demandeur a déposé une demande de contrôle judiciaire de la nature d'un *mandamus*, le 9 août 2001—L'autorisation lui a été accordée le 25 avril 2002 et la date de l'audition a été fixée au 24 juillet 2002—Le ministre a rendu sa décision le 21 juin 2002 et l'a communiquée au demandeur le 17 juillet 2002—La règle 22 des Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration interdit l'adjudication des dépens à moins que la Cour estime qu'il existe des raisons spéciales de le faire—Il n'existe pas de preuve suffisante pour permettre à la Cour de conclure que le retard à rendre la décision constitue une raison spéciale pour adjuger les dépens—Il n'y a pas de preuve pour établir que le délai qu'il a fallu pour rendre la décision était injustifié ou excessif—Le retard de 26 jours à communiquer la décision doit être évalué en tenant compte du fait que cette décision a été prise alors que des procédures judiciaires ayant pour but de forcer le ministre à prendre la décision étaient imminentes—L'ordonnance accordant l'autorisation donnait au demandeur le droit de déposer un autre mémoire et ce mémoire a été préparé avec la conviction que la décision n'avait pas été prise—Les frais associés à ce mémoire ont été engagés inutilement—Le retard à communiquer la décision constitue une raison spéciale pour adjuger les dépens relatifs à la préparation et à la signification de l'autre mémoire inutile—Sans que cela fût la faute des avocats, les renseignements contenus dans le dossier de réponse n'étaient pas exacts—La preuve incorrecte a été répétée dans les arguments du ministre fournis en réponse à la demande d'autorisation—Cette erreur a eu pour effet de

PRATIQUE—Suite

minimiser le retard apparent—Dans une demande de *mandamus*, la durée de tout retard est pertinente parce que la Cour examine, entre autres choses, si le délai fourni pour se conformer à la demande d'exécution de l'obligation a été raisonnable—La minimisation du délai a eu pour effet pratique de rendre impératif le dépôt d'un mémoire de réponse afin d'attirer l'attention de la Cour sur l'erreur—Il y a des raisons spéciales d'adjuger les dépens concernant la préparation et la signification de la réponse—Le total des dépens est fixé à 1 000 \$—Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration, DORS/93-22, Règle 22—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)*f* (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11).

KHORRAMI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3834-1, 2002 CFPI 830, juge Dawson, ordonnance en date du 30-7-02, 7 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES*Jugement sommaire*

Requête en jugement sommaire—La Couronne cherchait à faire rejeter l'action intentée contre elle pour le motif qu'il y avait prescription—La demanderesse avait reçu un legs du produit de la vente d'un homestead—Requête accueillie—Le retard indu n'empêchait pas la Couronne de présenter la requête ici en cause—Le fait que l'action était en instance depuis plus de 11 ans n'était pas uniquement attribuable à la Couronne—De plus, la règle 213(2) des Règles de la Cour fédérale (1998) prévoit expressément qu'une requête en jugement sommaire peut être présentée avant que la date de l'instruction soit fixée; la doctrine du retard indu qui existe en *equity* ne peut pas s'appliquer de façon à faire échec à une disposition législative expresse telle que celle-ci—Il s'agit d'un cas dans lequel il convient de rendre un jugement sommaire—La règle 216(3) des Règles de la Cour fédérale (1998) prévoit expressément que la Cour peut tirer des conclusions de fait si elle est en mesure de le faire d'une façon équitable et juste compte tenu des éléments dont elle dispose—Il est essentiel que la requête ici en cause soit présentée uniquement par la Couronne défenderesse et qu'elle vise uniquement le rejet de l'action contre cette défenderesse—La requête n'influe pas sur l'action intentée contre les autres défendeurs—Le demandeur qui maintient que le délai de prescription de la loi ne joue pas à son encontre est tenu de démontrer qu'il ne savait pas qu'il possédait un droit d'action et qu'il n'aurait pas pu le savoir—En l'espèce, la demanderesse n'a pas présenté de preuve montrant qu'elle ne savait pas et ne pouvait pas raisonnablement découvrir que la défenderesse Charlotte Martin avait traité la propriété d'une façon fort publique, incompatible avec sa demande, une vingtaine d'années avant l'introduction de l'action—De fait,

PRATIQUE—Suite

il peut y avoir certains éléments de preuve indiquant que la demanderesse était au courant des faits pertinents depuis longtemps—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 213(2), 216(3).

MACNEIL C. CANADA (MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (T-1482-91, 2002 CFPI 792, juge Hugessen, ordonnance en date du 12-7-02, 6 p.)

RES JUDICATA

Requête pour faire radier des paragraphes de la défense reconventionnelle parce qu'ils constituent chose jugée—Action dans laquelle on allègue la contrefaçon du dessin industriel—Dans la défense reconventionnelle, la défenderesse invoque l'art. 7a) de la Loi sur les marques de commerce en conjonction avec le dessin industriel nommé-ment désigné—Le protonotaire a déjà rejeté la requête par laquelle la demanderesse cherchait à faire radier ces paragraphes de la défense et demande reconventionnelle au motif que l'application de l'art. 7a) aux dessins industriels n'était pas constitutionnellement valide et que la Cour n'avait pas compétence pour entendre cette demande—La demanderesse soulève de nouveau la question de l'incompétence de la Cour d'entendre des arguments fondés sur l'art. 7a) se rapportant aux dessins industriels dans la défense reconventionnelle—Requête accueillie—Les critères relatifs à la question de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, tels qu'énoncés dans l'arrêt *Angle c. M.R.N.*, [1975] 2 R.C.S. 248, s'appliquent—1) Les parties sont les mêmes—2) Les

PRATIQUE—Fin

paragraphes de la défense reconventionnelle soulèvent la même question que celle qu'a tranchée le protonotaire: l'incompétence de la Cour fédérale d'entendre les actions fondées sur l'art. 7a) en ce qui concerne les dessins industriels—3) L'arrêt *Kealey c. Canada* (1991), 139 N.R. 189 (C.A.F.), n'énonce pas le principe qu'avancent les demandereses, savoir lorsqu'une requête en radiation d'actes de procédure est rejetée, la décision constitue un jugement interlocutoire puisqu'il resterait à statuer sur les droits matériels revendiqués en l'instance—Selon l'arrêt *Kealey*, la décision de savoir si l'ordonnance est définitive ou interlocutoire dépend de son effet juridique; elle est définitive si elle statue sur tout ou partie d'un droit matériel invoqué par l'une ou l'autre des parties, sinon elle est interlocutoire—Il est possible de faire valoir que la décision du protonotaire est interlocutoire puisqu'elle ne statue pas sur un droit matériel—Cependant, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée peut découler d'une décision de nature interlocutoire, mais qui devient définitive et obligatoire à l'endroit des parties à défaut d'appel—La demanderesse aurait dû interjeter appel de la décision du protonotaire dans les dix jours suivant le prononcé de cette décision—Puisqu'il est maintenant trop tard pour interjeter appel, la décision du protonotaire a réglé de façon définitive la question de la compétence de la Cour fédérale à l'égard de l'application de l'art. 7a) aux dessins industriels—La demanderesse tente indirectement de faire juger de nouveau une question qui a déjà été tranchée—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 7a).

BENISTI IMPORT-EXPORT INC. C. MODES TXT CARBON INC. (T-1517-01, 2002 CFPI 810, juge Rouleau, ordonnance en date du 22-4-02, 11 p.)

If undelivered, return COVER ONLY to:
Communication Canada
— Publishing
Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*
Communication Canada
— Édition
Ottawa (Ontario), Canada K1A 0S9