



**Canada
Federal Court
Reports**

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

2003, Vol. 3, Part 1

2003, Vol. 3, 1^{er} fascicule

Cited as [2003] 3 F.C., 3-286

Renvoi [2003] 3 C.F., 3-286

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

LEGAL STAFF

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

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

PRODUCTION STAFF

Production Manager
LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Publications Specialist
DIANE DESFORGES

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 Court Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3, telephone area code (613) 992-2899.

ARRÊTISTES

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

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation
juridiques

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications
DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, 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'histoire de la cause et les fiches analytiques des décisions qui n'ont pas été retenues pour publication intégrale.

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

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

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

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.

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.

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.

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.

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>

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>

CONTENTS

Digests	D-1
Appeals Noted	I
Chippewas of Nawash First Nation v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans) (C.A.)	233

Constitutional Law—Charter of Rights—Equality Rights—Chippewas of Nawash First Nation, Indian band with reserve at Cape Croker, Georgian Bay, arguing federal government's Aboriginal Fisheries Strategy (AFS) breaching Charter s. 15(1) due to band's exclusion—AFS not extending to inland fisheries—Management of inland fisheries turned over to provinces century ago—F.C.T.D. Judge conducting s. 15 analysis established by S.C.C. in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*—Purpose to prevent violation of essential human dignity through stereotyping, imposition of disadvantage—Judge accepting comparator group proposed by Nawash—Whether, however, reverted to jurisdiction-based comparator group as suggested by government—Opinion of Bastarache J. in *Lavoie v. Canada* considered—F.C.T.D. Judge found distinction drawn by AFS not based on personal characteristic—End of matter since s. 15 claim fails if negative answer to first *Law* analysis question—Judge's comments on second, third steps of *Law* analysis *obiter dicta*—S.C.C. decision in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* discussed regarding issue as to whether distinction based on analogous grounds—Province of residence as yet unrecognized as analogous ground—

Continued on next page

SOMMAIRE

Fiches analytiques	F-1
Appels notés	I
Première nation des Chippewas de Nawash c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans) (C.A.)	233

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits à l'égalité—La Première nation des Chippewas de Nawash, une bande indienne dont la réserve occupe le cap Croker, dans la baie Georgienne, soutenait que la Stratégie relative aux pêches autochtones (la SPA) établie par le gouvernement fédéral violait l'art. 15(1) de la Charte parce que la bande en était exclue—La SPA ne s'appliquait pas aux pêches intérieures—La gestion des pêches intérieures a été déléguée aux provinces au début du siècle dernier—Le juge de la C.F. 1^{re} inst. avait appliqué l'analyse relative à l'art. 15 établie par la C.S.C. dans *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*—L'objet était d'empêcher toute atteinte à la dignité humaine essentielle par l'imposition de stéréotypes et de désavantages—Le juge a accepté le groupe de comparaison soumis par les Nawash—Toutefois, il s'agissait de savoir s'il était revenu au groupe de comparaison fondé sur la compétence proposé par le gouvernement—Examen de l'avis exprimé par le juge Bastarache dans *Lavoie c. Canada*—Le juge de la C.F. 1^{re} inst. a conclu que la distinction établie par la SPA n'était pas fondée sur une caractéristique personnelle—Cela mettait fin à l'analyse étant donné qu'une demande fondée sur l'art. 15 est rejetée s'il est répondu par la négative à la première

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

As to whether differential treatment was discriminatory, F.C.T.D. Judge considered contextual factors, not convinced AFS functioned by stereotype—Appellants' rights denied due to fact Ontario regulates fishery as property, civil rights—Appellants' AFS exclusion not perpetuating any stereotype forming basis of historical discrimination faced by Aboriginal peoples—Underinclusive ameliorative program not inconsistent with Charter, s. 15(1)—Case at bar on all fours with *Lovelace v. Ontario* wherein S.C.C. upheld exclusion from ameliorative casino project—More than common need necessary to establish ameliorative program discriminates, contrary to s. 15(1)—Even if appellants felt left out, F.C.T.D. Judge correctly found reasonable man, in similar circumstances, would not feel dignity demeaned by AFS exclusion—Though case law now recognizes subtle forms of discrimination, s. 15 not intended to thwart programs to eradicate disadvantage in particular situations.

Native Peoples—Chippewas of Nawash First Nation having reserve at Cape Croker, Georgian Bay, arguing federal government's Aboriginal Fisheries Strategy (AFS) infringing Charter, s. 15 due to band's exclusion—Nawash fishers from time immemorial—Fishing still of economic, cultural importance—Having Aboriginal right to commercial fishery—AFS touted as increasing First Nations' economic opportunities, foundation for new "social contract" among Aboriginal people, non-native fishers, government—Most AFS funding going to Aboriginal peoples fishing tidal waters—Management of inland fisheries handed over to provinces century ago—Trial Judge correctly finding distinction drawn by AFS not based on personal characteristic—S. 15 claim fails for negative answer to initial inquiry mandated by S.C.C. in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*—F.C.A. not without sympathy for arguments as to importance of particular location to Nawash as immutable personal characteristic essential to identity—Distinction not based on

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

question de l'analyse préconisée dans *Law*—Les remarques faites par le juge aux deuxième et troisième étapes de l'analyse préconisée dans *Law* constituaient des remarques incidentes—Le jugement rendu par la C.S.C. dans *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)* a été examiné à l'égard de la question de savoir si la distinction était fondée sur des motifs analogues—La province de résidence n'a pas encore été reconnue en tant que motif analogue—Quant à la question de savoir si la différence de traitement était discriminatoire, le juge de la C.F. 1^{re} inst. a examiné les facteurs contextuels; il n'était pas convaincu que la SPA reposait sur des stéréotypes—Les droits des appelants ont été refusés parce que l'Ontario réglemente la pêche en vertu de ses pouvoirs en matière de propriété et de droits civils—L'exclusion des appelants du champ d'application de la SPA ne perpétuait pas les stéréotypes servant de fondement à la discrimination à laquelle avaient toujours fait face les peuples autochtones—Un programme ayant un objet améliorateur mais un champ d'application trop limitatif n'est pas incompatible avec l'art. 15(1) de la Charte—La présente espèce correspondait exactement à l'affaire *Lovelace c. Ontario* dans laquelle la C.S.C. avait confirmé l'exclusion d'un projet de casino améliorateur—Il faut plus qu'un besoin commun pour établir qu'un programme améliorateur crée de la discrimination en violation de l'art. 15(1)—Même si les appelants se croyaient oubliés, le juge de la C.F. 1^{re} inst. a correctement conclu qu'une personne raisonnable se trouvant dans une situation similaire ne croirait pas que l'exclusion de la SPA portait atteinte à sa dignité—La jurisprudence reconnaît maintenant des formes subtiles de discrimination, mais l'art. 15 n'était pas destiné à nuire à des programmes visant à éliminer un désavantage dans des cas particuliers.

Peuples autochtones—La Première nation des Chippewas de Nawash, dont la réserve occupait le cap Croker, dans la baie Georgienne, soutenait que la Stratégie relative aux pêches autochtones (la SPA) du gouvernement fédéral violait l'art. 15 de la Charte parce que la bande en était exclue—Les Nawash pratiquaient la pêche depuis des temps immémoriaux—La pêche demeure une activité importante, pour des raisons économiques et culturelles—Les Nawash possèdent un droit ancestral de pratiquer la pêche commerciale—La SPA avait été annoncée comme étant destinée à accroître les perspectives économiques des Premières nations, la base d'un nouveau «contrat social» entre les peuples autochtones, les pêcheurs non autochtones et le gouvernement—Presque tous les fonds de la SPA étaient alloués aux peuples autochtones qui pêchaient dans les eaux de marée—La gestion des pêches intérieures a été déléguée aux provinces au début du siècle dernier—Le juge de première instance a correctement conclu que la distinction établie par la SPA n'était pas fondée sur une

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

analogous grounds—S.C.C. has declined to recognize Aboriginality-residence per se as analogous ground, only “off-reserve status”, limited subset—AFS did not perpetuate stereotypes forming basis of historical discrimination against Aboriginal peoples—AFS similar to program (casino project) upheld by S.C.C. in *Lovelace v. Ontario*—To find such programs violate Charter equality rights disincentive to new programs to ameliorate depressed social, economic conditions of Aboriginal communities—Argument refusal to apply AFS in Ontario due to administrative, fiscal convenience, not constitutional incompetence, “red-herring”—Fiduciary duty not breached.

Fisheries—Aboriginal Fisheries Strategy (AFS)—Nawash First Nation, having reserve on Georgian Bay, arguing AFS, administered by Minister of Fisheries and Oceans, violates Charter, s. 15 due to band’s exclusion—Nawash fishers since time immemorial, having right to commercial fishery—AFS touted as program to stabilize fishery, increase economic opportunities for First Nations, new “social contract” among government, Aboriginal groups, non-native fishers—AFS funding not extending to inland fisheries, management of which had been turned over to provinces century ago—Perhaps constitutionally possible federal government could alter administrative arrangement with provinces but not required to do so by Charter—No breach of Charter, fiduciary duty.

Eli Lilly Canada Inc. v. Canada (Minister of Health) (C.A.) 140

Patents—Practice—Patented medicines—Appeal from F.C.T.D. decision denying judicial review application—

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

caractéristique personnelle—La demande fondée sur l’art. 15 a été rejetée puisqu’il avait été répondu par la négative à la première question énoncée par la C.S.C. dans *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*—La C.A.F. comprenait les arguments relatifs à l’importance de l’emplacement particulier pour les Nawash en tant que caractéristique personnelle immuable essentielle à leur identité—La distinction n’était pas fondée sur des motifs analogues—La C.S.C. a refusé de reconnaître l’autochtonité- résidence en soi comme motif analogue, mais elle a uniquement reconnu un sous-ensemble restreint, la «qualité de membres hors réserve»—La SPA ne perpétuait pas les stéréotypes servant de fondement à la discrimination à laquelle avaient toujours fait face les peuples autochtones—La SPA était semblable à un programme (un projet de casino) confirmé par la C.S.C. dans *Lovelace c. Ontario*—Conclure que pareils programmes violent les dispositions de la Charte relatives aux droits à l’égalité sert à décourager la création de nouveaux programmes destinés à améliorer la situation sociale et économique défavorisée des collectivités autochtones—Il a été soutenu que le refus d’appliquer la SPA en Ontario pour des raisons de commodité administrative et financière et non pour un défaut de compétence sur le plan constitutionnel est un «faux-fuyant»—Il n’y avait pas eu manquement à l’obligation fiduciaire.

Pêches—Stratégie relative aux pêches autochtones (la SPA)—La Première nation Nawash, dont la réserve était située près de la baie Georgienne, avait soutenu que la SPA, administrée par le ministre des Pêches et des Océans, violait l’art. 15 de la Charte parce que la bande en était exclu—Les Nawash pratiquaient la pêche depuis des temps immémoriaux et possédaient un droit de pêcher à des fins commerciales—La SPA avait été annoncée en tant que programme destiné à stabiliser la pêche, à accroître les perspectives économiques des Premières nations, un nouveau «contrat social» conclu entre le gouvernement, les peuples autochtones et les pêcheurs non autochtones—Les fonds de la SPA ne s’appliquaient pas aux pêches intérieures, dont la gestion avait été déléguée aux provinces au début du siècle dernier—Sur le plan constitutionnel, il serait peut-être possible pour le gouvernement fédéral de modifier l’arrangement administratif auquel il est arrivé avec les provinces, mais la Charte ne l’oblige pas à le faire—Il n’y a pas eu violation de la Charte ou d’une obligation fiduciaire.

Eli Lilly Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé) (C.A.) 140

Brevets—Pratique—Médicaments brevetés—Appel de la décision par laquelle la Section de première instance de la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Minister removing from register '969 patent for ceftazidime pentahydrate combined with amorphous lactose—Invention avoiding toxicity problem by suppressing polymer formation—Appellant having secured NOCs for drugs under trade name “Tazidime”—Appeal turning on interpretation of Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations—Scope of Minister’s authority to add, remove patents from register—1998 amendments to Regulations discussed—Argument, patent lists submitted before 1998 not to be assessed under narrower rules, rejected—Patent can be deleted if no longer qualifies—Amendments not retroactive legislation—Question whether '969 patent eligible under Regulations as amended—Form of patent list facilitating Minister’s task—Whether ceftazidime a medicine—F.C.T.D. decision on this disagreed with—Appellant having NOC for Tazidime, may submit patent list—Minister’s argument Regulations require “relevance” between drug named in NOC, patent included in register, not accepted—Value of Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS) considered—Problem with Minister’s interpretation: could allow generic manufacturer to infringe patent, appellant unable to prevent generic securing NOC.

Food and Drugs—Appeal from F.C.T.D. order sustaining Minister’s decision to remove patent from register—NOC issued under Food and Drug Regulations, Food and Drugs Act as stood in 1990, 1992—Patent lists submitted in 1993—Due to volume of submissions at time, patent lists added to register without eligibility determination—At time, register maintained on clerical basis—Definition of “drug” in Act, s. 2—Dissenting opinion: product in question not “drug” within s. 2.

Construction of Statutes—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations—1998 amendments permitting deletion, from list, of patent qualifying for inclusion thereon in 1993 if no longer qualifying—Amendments not retroactive, but speak only from March 11, 1998 (date coming into force)—Value of Regulatory Impact Analysis Statement considered.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

C.F. a rejeté une demande de contrôle judiciaire—Le ministre a radié du registre le brevet '969 visant la ceftazidime pentahydratée associée à du lactose amorphe—L’invention évitait le problème de toxicité en supprimant la formation de polymères—L’appelante a obtenu des avis de conformité pour des drogues portant le nom commercial «Tazidime»—L’appel porte sur la question de l’interprétation du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—Portée du pouvoir du ministre d’ajouter des brevets au registre ou d’en supprimer—Examen des modifications apportées au Règlement en 1998—L’argument suivant lequel les listes de brevets soumises avant 1998 ne devaient pas être appréciées selon les règles les plus strictes a été rejeté—Un brevet peut être supprimé s’il ne peut plus être inscrit dans une liste—Les modifications ne sont pas rétroactives—Il s’agit de savoir si le brevet '969 pouvait être inscrit selon le Règlement tel qu’il avait été modifié—L’examen du ministre est facilité par le formulaire de la liste de brevets—La ceftazidime est-elle un médicament?—Désaccord avec la décision de la Section de première instance de la C.F.—Comme elle a obtenu un avis de conformité pour la drogue Tazidime, l’appelante peut soumettre une liste de brevets—L’argument du ministre selon lequel le Règlement exige la «pertinence» entre la drogue indiquée dans l’avis de conformité et le brevet inclus au registre n’a pas été retenu—La valeur du Résumé de l’étude d’impact de la réglementation a été examinée—Problème avec l’interprétation du ministre: elle permettrait au fabricant de produits génériques de contrefaire le brevet et l’appelante serait incapable de l’empêcher d’obtenir un avis de conformité.

Aliments et drogues—Appel interjeté de l’ordonnance de la Section de première instance de la C.F. confirmant la décision du ministre de radier le brevet du registre des brevets—L’avis de conformité a été délivré conformément au Règlement sur les aliments et drogues et à la Loi sur les aliments et drogues dans leur version de 1990 et 1992—Les listes de brevets ont été présentées en 1993—En raison du nombre de présentations soumises à l’époque, les listes de brevets ont été ajoutées au registre sans qu’une décision ne soit prise au sujet de leur admissibilité—À l’époque, le registre des brevets était tenu par des employés de bureau—Définition de «drogue» à l’art. 2 de la Loi—Opinion dissidente: le produit en cause n’est pas une «drogue» au sens de l’art. 2.

Interprétation des lois—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—Les modifications apportées en 1998 permettaient de radier des listes les brevets admissibles en 1998 s’ils ne respectaient plus les exigences—Les modifications ne sont pas rétroactives, elles ne s’appliquent qu’à partir du 11 mars 1998 (date d’entrée en vigueur)—

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Froom v. Canada (Minister of Justice) (T.D.) 268

Extradition—Justice Minister issuing authority to proceed under Extradition Act, s. 15—Judicial review application struck by prothonotary on basis of Parliamentary intent extradition matter for provincial superior courts—Extradition from Canada four-part process: (1) partner state submits requests; (2) Minister authorizes Attorney General to seek committal order in provincial superior Court if satisfied conditions specified in Act met; (3) extradition hearing resulting in committal order pending surrender under Act, s. 29; (4) under Act, s. 40, Minister may order surrender to requesting state—Under Extradition Act, s. 57(1), F.C. jurisdiction ousted as to s. 40 decision but no reference to s. 15(1) (authority to proceed)—Appeal allowed—Prothonotary not given power by Federal Court Rules, 1998 to deal with motion relating to liberty of person—Questionable whether prothonotary had jurisdiction herein—Impugned decision involved question vital to final issue of case—Appeal court to exercise discretion *de novo*—Question: was motion so clearly improper as to be bereft of any possibility of success?—When, in 1990, Parliament amended Federal Court Act to give it power to review royal prerogative decisions, revealed intention little outside scope of judicial review—Extradition hearing judges have taken position lacking power to question authority to proceed—Argument Court should decline jurisdiction it may have as incompatible with statutory scheme, better considered at judicial review.

Federal Court Jurisdiction—Trial Division—Appeal from order of prothonotary striking judicial review application regarding authority to proceed issued by Justice Minister under Extradition Act—Prothonotary ruling Parliament's intention extradition within jurisdiction of provincial superior courts—Extradition Act, s. 57(1) ousting F.C. jurisdiction regarding Ministerial decisions under s. 40 (surrender to

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Examen de la valeur du Résumé de l'étude d'impact de la réglementation.

Froom c. Canada (Ministre de la Justice) (1^{re} inst.) 268

Extradition—Le ministre de la Justice a pris un arrêté introductif d'instance conformément à l'art. 15 de la Loi sur l'extradition—La demande de contrôle judiciaire a été radiée par le protonotaire au motif que le législateur a conféré aux cours supérieures provinciales la compétence en matière d'extradition—Le processus d'extradition du Canada se divise en quatre phases: 1) l'État partenaire présente une demande; 2) le ministre autorise le procureur général à demander à la cour supérieure provinciale une ordonnance d'incarcération s'il est convaincu que les conditions prévues par la Loi sont réunies; 3) la demande d'extradition est entendue et une ordonnance d'incarcération jusqu'à remise est délivrée en application de l'art. 29 de la Loi; 4) conformément à l'art. 40 de la Loi, le ministre peut ordonner l'extradition vers l'État partenaire qui en a fait la demande—L'art. 57(1) de la Loi sur l'extradition exclut la compétence de la Cour fédérale lorsqu'il s'agit d'une décision prise en vertu de l'art. 40, mais la Loi demeure silencieuse relativement à un arrêté introductif d'instance pris en vertu de l'art. 15(1)—Appel accueilli—Les Règles de la Cour fédérale (1998) ne confèrent pas au protonotaire le pouvoir de trancher des requêtes concernant la mise en liberté ou l'incarcération d'une personne Il subsistait un doute quant à savoir si le protonotaire avait compétence en l'espèce—La décision contestée posait une question ayant une influence déterminante sur l'issue du principal—Le juge saisi de l'appel doit exercer son pouvoir discrétionnaire en reprenant l'affaire depuis le début—La question à trancher était de savoir si l'avis de requête était manifestement irrégulier au point de n'avoir aucune chance d'être accueilli—Lorsque le Parlement a modifié, en 1990, la Loi sur la Cour fédérale de manière à permettre le contrôle judiciaire des décisions prises dans l'exercice d'une prérogative royale, il voulait faire en sorte que bien peu de chose soit à l'abri du contrôle judiciaire—Les juges d'extradition ne se considèrent pas investis du pouvoir de réviser un arrêté introductif d'instance—L'argument selon lequel la Cour devrait refuser d'exercer la compétence qu'elle peut avoir parce que cela serait incompatible avec le régime de la Loi, devrait être examiné dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire.

Compétence de la Cour fédérale—Section de première instance—Appel interjeté à l'encontre d'une ordonnance par laquelle un protonotaire a radié une demande de contrôle judiciaire d'un arrêté introductif d'instance pris par le ministre de la Justice en vertu de la Loi sur l'extradition—Le protonotaire a estimé que le législateur a voulu que les cours supérieures provinciales aient compétence en matière

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

requesting authority) but not as to authority to proceed—Under Federal Court Rules, 1998 prothonotary lacking power to deal with motion regarding personal liberty—Applicant herein had been arrested, released on recognizance—Doubtful prothonotary had jurisdiction—As question vital to final issue of case, F.C.T.D. on appeal to exercise discretion *de novo*—Minister's argument Parliament's intention extradition matters be dealt with by provincial superior courts based on distinguishable case—When, in 1990, Parliament gave F.C. judicial review power over royal prerogative decisions, indicated very little to be excluded from judicial review—Suggestion Court decline jurisdiction as incompatible with statutory scheme better considered at hearing of judicial review application.

Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. v. Castor (The) (C.A.) 220

Construction of Statutes—Bill of lading for carriage of goods from Italy to Canada giving German courts jurisdiction in event of any claim—Cargo damaged—Plaintiffs claiming in Federal Court of Canada, defendants moving for stay based on jurisdiction clause—Motion not yet heard when Marine Liability Act, s. 46(1) (providing notwithstanding contract stipulating adjudication elsewhere, action may be brought here if Canadian port of loading or discharge)—F.C.T.D. Judge declaring s. 46(1) applicable herein—Holding rule against retrospective statute application strong presumption, can be set aside—Decision reversed by F.C.A.—Issue on appeal: did Judge err in concluding stay motions continuing facts until disposition?—Only relevant facts were dates proceedings launched, subsection came into force—To apply subsection to this case would be giving it retroactive effect—Would confer on respondents rights not possessed when action commenced—Argument, rule against retroactive application inapplicable to statute impacting only on procedural rights, considered—Views of law professors adopted—Attempt to apply procedural provision to stage in proceeding completed before provision in force refused unless legislative direction to contrary.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

d'extradition—L'art. 57(1) de la Loi sur l'extradition exclut la compétence de la Cour fédérale en ce qui concerne les décisions ministérielles prises en vertu de l'art. 40 (extradition vers le partenaire qui en fait la demande), mais non pour ce qui est d'un arrêté introductif d'instance—Les Règles de la Cour fédérale (1998) ne confèrent pas au protonotaire le pouvoir de trancher des requêtes concernant la mise en liberté ou l'incarcération d'une personne—Le demandeur a été arrêté puis libéré sous engagement—Il subsiste un doute quant à savoir si le protonotaire avait compétence—Puisque la décision contestée pose une question ayant une influence déterminante sur l'issue du principal, la C.F. 1^{re} inst. doit exercer en appel son pouvoir discrétionnaire en reprenant l'affaire depuis le début—L'argument selon lequel le législateur a voulu conférer aux cours supérieures des provinces la compétence en matière d'extradition est fondé sur une décision qui se distingue de la présente affaire—Lorsque le Parlement a conféré, en 1990, à la Cour fédérale le contrôle judiciaire des décisions prises dans l'exercice d'une prérogative royale, cela signifiait que bien peu de chose pouvait être à l'abri du contrôle judiciaire—L'argument selon lequel la Cour ne devrait pas exercer sa compétence parce que cela serait incompatible avec le régime de la Loi, devrait être examiné dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire.

Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. c. Castor (Le) (C.A.) 220

Interprétation des lois—Le connaissance relatif au transport des marchandises de l'Italie au Canada conférerait aux tribunaux allemands la compétence voulue en cas de réclamation—Cargaison endommagée—Les demanderesse avaient présenté une réclamation devant la Cour fédérale du Canada; les défendeurs avaient demandé la suspension de l'instance compte tenu de la clause de compétence—La requête n'avait pas encore été entendue lors de l'entrée en vigueur de l'art. 46(1) de la Loi sur la responsabilité en matière maritime (prévoyant que lorsqu'un contrat stipule que l'arbitrage doit avoir lieu ailleurs, une action peut être intentée au Canada si le port de chargement ou déchargement est situé au Canada)—Le juge de la C.F. 1^{re} inst. a déclaré que l'art. 46(1) s'appliquait à l'instance—Il a statué que la règle voulant qu'une loi ne soit pas interprétée de façon à s'appliquer rétrospectivement était une présomption forte, mais qu'elle pouvait être écartée—Décision infirmée par la C.A.F.—Question en appel: le juge a-t-il eu tort de conclure que les requêtes visant la suspension étaient des faits continus tant qu'une décision n'était pas rendue à leur égard?—Les seuls faits pertinents étaient la date d'introduction de l'instance et la date à laquelle la disposition en question est entrée en vigueur—L'application de la disposition en question à

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Maritime Law—Carriage of Goods—Shipment of polished granite from Italy to Canada damaged—Bill of lading giving jurisdiction over disputes to German courts—Action commenced in Federal Court of Canada—Motion for stay based on jurisdiction clause—Stay application yet to be heard when Marine Liability Act, s. 46(1) (providing that, contract notwithstanding, action may be taken here if Canadian port of loading or discharge) came into force—Judge holding s. 46(1) applicable herein—Reversed by F.C.A.—Retroactive application of s. 46(1) would confer on respondents rights not possessed when lawsuit launched.

Jaballah (Re) (T.D.) 85

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Inadmissible Persons—Procedures for application for protection—Review pursuant to Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 79(2) of Minister's decision on application for protection—Jaballah subject of certificate declaring him inadmissible to Canada on national security grounds—As IRPA coming into force while consideration of certificate by Court pending, IRPA governing proceedings—Jaballah applying for protection under s. 112—Proceedings with respect to certificate suspended—Minister not notifying Court pursuant to s. 79(2) of decision on protection application—S. 95 not vesting authority in either Board or Minister to grant, dismiss application for protection—Implicitly Minister to make decision upon application for protection—Scheme of Act reviewed—Court lacking authority to resume proceedings to determine lawfulness of certificate of inadmissibility as Minister not notifying Court of decision on application for protection—Immigration and Refugee Protection Regulations, ss. 160, 172 not *ultra vires*.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l'instance lui donnerait un effet rétroactif—Cela conférerait aux intimées des droits qu'elles ne possédaient pas lorsque l'action a été intentée—Examen de l'argument selon lequel la règle à l'encontre de l'application rétroactive ne s'applique pas à une loi qui influe uniquement sur des droits procéduraux —Les avis exprimés par des professeurs de droit ont été adoptés—Toute tentative visant à appliquer une disposition procédurale à un stade de la procédure qui a pris fin avant l'entrée en vigueur de la disposition en question est refusée, sous réserve d'une directive législative contraire.

Droit maritime—Transport de marchandises—Une cargaison de granite poli transportée de l'Italie au Canada avait été endommagée—Le connaissement conférerait la compétence sur les litiges aux tribunaux allemands—Action intentée devant la Cour fédérale du Canada—La requête visant la suspension était fondée sur la clause de compétence—La demande de suspension n'avait pas encore été entendue lors de l'entrée en vigueur de l'art. 46(1) de la Loi sur la responsabilité en matière maritime (prévoyant que, malgré le contrat, l'action peut être intentée au Canada si le port de chargement ou de déchargement est situé au Canada)—Le juge a statué que l'art. 46(1) s'appliquait à l'instance—Décision infirmée par la C.A.F.—L'application rétroactive de l'art. 46(1) conférerait aux intimées des droits qu'elles ne possédaient pas lorsqu'elles avaient engagé des poursuites en justice.

Jaballah (Re) (1^{re} inst.) 85

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Personnes non admissibles—Procédure de demande de protection—Contrôle judiciaire en vertu de l'art. 79(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) à l'égard d'une décision du ministre concernant une demande de protection—Délivrance d'un certificat attestant que M. Jaballah est interdit de territoire pour des raisons de sécurité nationale—Comme la LIPR est entrée en vigueur alors que la Cour n'avait pas encore rendu sa décision sur le certificat, la procédure est régie par la nouvelle Loi—M. Jaballah a demandé la protection au ministre conformément à l'art. 112—La Cour a suspendu l'affaire concernant le certificat—Le ministre n'a pas avisé la Cour conformément à l'art. 79(2) de sa décision concernant la demande de protection—L'art. 95 ne confère ni à la Commission ni au ministre le pouvoir d'accorder ou de refuser une demande de protection—Implicitement, la décision concernant une demande de protection doit être prise par le ministre—Analyse de l'esprit de la Loi—La Cour n'a pas le pouvoir de reprendre l'affaire pour décider de la légalité du certificat d'interdiction de territoire car le ministre ne l'a pas avisée de sa décision concernant la demande de protection—Les art. 160 et 172 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés ne sont pas *ultra vires*.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Owusu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 172

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Humanitarian and Compassionate Considerations—Immigration officer deciding insufficient humanitarian, compassionate concerns to warrant exempting applicant from requirement visa be applied for before entering Canada—Immigration officer’s Decision and Rationale contained only two references to applicant’s children, living in Ghana—Such deficiency reviewable error—Duty to give substantial weight to best interests of children whether physically present with parent or not—But application dismissed—As applicant failed to present appropriate evidence, submissions, not appropriate to set aside decision, refer matter back for rehearing, redetermination on basis of record, further evidence, submissions—To do so would mean Court providing applicant remedy to correct own errors—To set aside decision, refer matter back for reconsideration on basis solely of evidence, submission before immigration officer when decision made would be meaningless as any new decision by other officer based on same evidence would inevitably result in rejection of application—Question certified.

Administrative Law—Judicial Review—Remedies—Immigration officer failed to consider “best interests” of applicant’s children in deciding insufficient humanitarian, compassionate concerns to warrant exempting applicant from requirement visa be applied for before entering Canada—However, as applicant failed to present appropriate evidence, submissions, not appropriate to set aside decision, refer matter back for rehearing, redetermination on basis of record and further evidence, submissions—To do so would mean Court providing applicant remedy to correct own errors—To set aside decision, refer matter back for reconsideration on basis solely of evidence, submission before immigration officer when decision made would be meaningless as any new decision by other officer based on same evidence would inevitably result in rejection of application.

Sebastian v. Saugeen First Nation No. 29 (Council of) (C.A.) 48

Practice—Contempt of Court—Indian Band Council passing resolution shutting down campground on reserve land leased

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Owusu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (1^{re} inst.) 172

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Considérations humanitaires—Agente d’immigration statuant qu’il n’y avait pas de raisons d’ordre humanitaire suffisantes pour dispenser le demandeur de l’obligation de demander un visa avant d’entrer au Canada—Le document «Décision et motifs» de l’agente d’immigration ne renfermait que deux mentions des enfants, vivant au Ghana, du demandeur—Cette lacune est une erreur susceptible de révisio—Obligation d’accorder un poids considérable à l’intérêt supérieur des enfants, qu’ils soient ou non physiquement présents avec les père ou mère—Demande néanmoins rejetée—Le demandeur n’ayant pas présenté des éléments de preuve et des arguments appropriés, il ne conviendrait pas d’annuler la décision et de renvoyer l’affaire pour nouvelle audition et nouvelle décision sur le fondement de la preuve au dossier et d’autres éléments de preuve et arguments éventuels—En agissant ainsi, la Cour accorderait au demandeur une mesure de redressement pour ses propres erreurs—Il serait dénué de sens d’annuler la décision et de renvoyer l’affaire pour nouvel examen sur le fondement uniquement de la preuve et des arguments dont l’agente d’immigration était saisie lorsqu’elle a rendu sa décision, puisque toute nouvelle décision par un autre agent se fondant sur la même preuve ne pourrait consister qu’en un rejet de la demande—Question certifiée.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Mesures de redressement—Une agente d’immigration n’a pas pris en compte l’«intérêt supérieur» des enfants du demandeur lorsqu’elle a statué qu’il n’y avait pas de raisons d’ordre humanitaire suffisantes pour dispenser le demandeur de l’obligation de demander un visa avant d’entrer au Canada—Le demandeur n’ayant toutefois pas présenté des éléments de preuve et des arguments appropriés, il ne conviendrait pas d’annuler la décision et de renvoyer l’affaire pour nouvelle audition et nouvelle décision sur le fondement de la preuve au dossier et d’autres éléments de preuve et arguments éventuels—En agissant ainsi, la Cour accorderait au demandeur une mesure de redressement pour ses propres erreurs—Il serait dénué de sens d’annuler la décision et de renvoyer l’affaire pour nouvel examen sur le fondement uniquement de la preuve et des arguments dont l’agente d’immigration était saisie lorsqu’elle a rendu sa décision, puisque toute nouvelle décision par un autre agent se fondant sur la même preuve ne pourrait consister qu’en un rejet de la demande.

Sebastian c. Première nation Saugeen n° 29 (Conseil de la) (C.A.) 48

Pratique—Outrage au tribunal—Un conseil de bande indienne adopte une résolution en vue de faire fermer un terrain de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

from Crown with Band Council consent—F.C.T.D. Judge granting motion for interlocutory injunction restraining Council from interfering with campground—Council passing further resolution closing all campgrounds on its lands—Chief going to campground, advising would do whatever necessary to close campground—When reminded of Court order, replied that “does not matter”—Council agents erecting “Closed” signs near campground—Motions Judge hearing submissions by teleconference on urgent basis, ordering removal of “Closed” signs, Council, Chief attend Court to show cause—Appeal dismissed by F.C.A.—Order initiating contempt hearing under r. 467 attacked as failing to meet notice, certainty requirements—Whether r. 58 applicable—Whether appeal premature—Code of procedure for contempt proceedings, established by rr. 466-472, explained—Argument particulars inadequate better dealt with at second stage (contempt hearing)—Severing two stages by appeal encouraging dilatoriness—New r. 467(1) codified common law requirements—Requires sufficient particularity—Appellants not misled as to nature of hearing—Use of “Respondent” in order not insufficiently precise—While order not mentioning contemptuous acts, motion record (wherein acts set forth) incorporated by reference—No order as to costs as case involving interpretation, application of new Rules.

Native Peoples—Lands—Crown, with Band Council consent, granting lease of reserve land for campground—Band Council passing resolutions closing campground, rezoning to prohibit economic activity—F.C.T.D. Judge granting interlocutory injunction restraining Council from interfering with campground—Band Council passing further resolution closing all campgrounds on its lands—Chief vowing to keep campground closed whatever it takes, stating Court order did not matter—Having “Closed” signs erected—Motions Judge ordering Council, Chief to attend Court to show cause why not in contempt—Order sustained by F.C.A. as wording not insufficiently precise—Case law holding Band Council can be convicted of contempt.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

camping situé sur des terres de réserve louées de la Couronne avec le consentement du conseil de bande —Un juge de la C.F. 1^{re} inst. accueille une requête en injonction interlocutoire ayant pour effet d’empêcher le conseil de nuire à l’exploitation du terrain de camping—Le conseil a adopté une autre résolution prévoyant la fermeture de tous les terrains de camping sur ses biens-fonds—Le chef s’est rendu au terrain de camping et il a déclaré qu’il ferait ce qui serait nécessaire pour le faire fermer—Lorsqu’on lui a rappelé l’existence de l’ordonnance de la Cour, il a répliqué que celle-ci «importe peu»—Des représentants du conseil ont installé près du terrain de camping des écriteaux portant l’inscription «Fermé»—Après audition des arguments par téléconférence tenue d’urgence, un juge des requêtes a ordonné qu’on retire ces écriteaux et que le conseil et le chef comparaissent devant la Cour pour «expliquer»—Appel rejeté par la C.A.F.—L’ordonnance qui a commandé la tenue d’une audience pour outrage au tribunal, en vertu de la règle 467, est contestée pour défaut de conformité avec les exigences d’avis et de certitude —Question de savoir si la règle 58 est applicable—Question de savoir si l’appel est prématuré—Explications du code de procédure en matière d’outrage au tribunal établi par les règles 466 à 472—Mieux vaut présenter à la seconde étape (l’audience pour outrage au tribunal) l’argument portant que la description n’est pas assez détaillée—Séparer les deux étapes par un appel a un effet dilatoire—La nouvelle règle 467(1) codifie les exigences de la common law—Une description suffisamment détaillée est requise—Les appelants n’ont pas été induits en erreur quant à la nature de l’audience —Le terme «intimé» dans l’ordonnance n’est pas insuffisamment précis—Bien que les actes d’outrage reprochés n’aient pas été mentionnés dans l’ordonnance, ils l’ont été dans le dossier de la requête auquel l’ordonnance fait référence—Aucuns dépens adjugés, l’affaire concernant l’interprétation et l’application des nouvelles Règles.

Peuples Autochtones—Terres—La Couronne, avec le consentement du conseil de bande, a loué des terres de réserve pour les fins d’un terrain de camping—Le conseil a adopté des résolutions visant à faire fermer le terrain de camping et à modifier le zonage pour interdire toute activité économique—Un juge de la C.F. 1^{re} inst. a délivré une injonction interlocutoire enjoignant au conseil de ne pas nuire à l’exploitation du terrain de camping—Le conseil de bande a adopté une nouvelle résolution forçant la fermeture de tous les terrains de camping sur ses terres—Le chef a juré qu’il ferait ce qui serait nécessaire pour garder le terrain de camping fermé, et a déclaré que l’ordonnance de la Cour importait peu—Il a fait installer des écriteaux portant l’inscription «Fermé»—Le juge des requêtes a ordonné au conseil et au chef de comparaître devant la Cour pour expliquer pourquoi ils ne devraient pas être déclarés coupables d’outrage—

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Sebastian v. Saugeen First Nation No. 29 (Council of (C.A.)	73
--	----

Practice—Costs—Offers to settle—After delivery of judgment, Court informed both parties had made offers to settle which had never been revoked—No validity in appellants' offer—As respondents' offer reasonably in line with reasons for judgment of majority, Federal Court Rules, 1998, rr. 400(3)(e), 420(2)(b) applied.

Sungu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.)	192
---	-----

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees—Applicants alleging well-founded fear of persecution in country of origin based on political opinions, membership in particular social group—Male applicant excluded from definition of refugee under U.N. Refugee Convention, Art. 1F(a) as considered party to crimes against humanity—Principles governing exclusion, complicity reviewed—IRB, Refugee Division erred in not considering evidence as to whether applicant's fear of persecution reasonable—Applying inappropriate principle to determine complicity.

Administrative Law—Judicial Review—*Certiorari*—Immigration and Refugee Board, Refugee Division finding applicants unable to show well-founded fear of persecution should they return to country of origin—Erred in concluding applicants lacked credibility—Evidence as to reasonable fear of persecution, exclusion of male applicant not considered—Refugee Division applying wrong legal test in excluding applicant from protection of Convention—Conclusion no marital relationship between applicants patently unreasonable.

Taylor v. Canada (Attorney General) (C.A.)	3
---	---

Judges and Courts—Canadian Judicial Council's handling of complaint over exclusion from courtroom when individual

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Ordonnance confirmée par la C.A.F., le libellé n'en étant pas insuffisamment précis—Jurisprudence prévoyant qu'un conseil de bande peut être déclaré coupable d'outrage au tribunal.

Sebastian c. Première nation Saugeen n° 29 (Conseil (C.A.)	73
---	----

Pratique—Frais et dépens—Offres de règlement—Après le prononcé du jugement, la Cour a été informée que les parties avaient fait des offres de règlement qui n'ont jamais été révoquées—L'offre des appelants n'était pas valable—Comme l'offre de règlement faite par les intimés cadre raisonnablement avec les motifs du jugement de la majorité, les règles 400(3)e) et 420(2)b) des Règles de la Cour fédérale (1998) sont appliqués.

Sungu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1^{re} inst.)	192
--	-----

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention—Les demandeurs ont allégué avoir une crainte bien fondée d'être persécutés dans leur pays d'origine du fait de leurs opinions politiques et de leur appartenance à un groupe social—Le demandeur a été exclu de la définition de réfugié en vertu de l'art. 1Fa) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, parce qu'il aurait participé à des crimes contre l'humanité—Examen des principes qui régissent l'exclusion et la complicité—La section du statut de réfugié de la CISR a commis une erreur en ne tenant pas compte des éléments de preuve quant à la question de savoir si la crainte du demandeur d'être persécuté était raisonnable—Elle a appliqué un principe inapproprié pour décider de la question de complicité.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—*Certiorari*—La section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que les demandeurs n'ont pas été en mesure de démontrer qu'ils avaient raison de craindre d'être persécutés s'ils devaient retourner dans leur pays d'origine—Elle a commis une erreur en concluant à l'absence de crédibilité des demandeurs—Les éléments de preuve quant à la crainte raisonnable de persécution et à l'exclusion du demandeur n'ont pas été examinés—La section du statut de réfugié a appliqué le mauvais critère juridique en excluant le demandeur de la protection de la Convention—La conclusion selon laquelle il n'y a aucun lien conjugal entre les demandeurs était manifestement déraisonnable.

Taylor c. Canada (Procureur général) (C.A.)	3
--	---

Juges et tribunaux—Le Conseil canadien de la magistrature avait disposé d'une plainte portant sur l'exclusion d'une

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

refused to remove head covering (kufi) as part of religious belief, practice—Council’s By-laws implying Chairperson of Council’s Judicial Conduct Committee must form opinion as to whether removal warranted—Chairperson entitled to consider Judge’s admission of error, expression of regret—On this basis Chairperson expressed disapproval—Only Judge, not complainant, can impugn Chairperson’s decision to close file with expression of disapproval—Chairperson’s refusal to refer matter for further investigation not unreasonable—Chairperson’s handling of complaint not giving rise to reasonable apprehension of prejudice.

Administrative Law—Judicial Review—*Certiorari*—Appeal from dismissal of judicial review of decision of Chairperson of Canadian Judicial Council’s Judicial Conduct Committee to close file containing complaint about Judge of Ontario Superior Court of Justice—Latter refusing to permit appellant to remain in courtroom while wearing kufi (head covering said to be worn as part of religious practice)—Standard of review patent unreasonableness—Duty of fairness applied to Chairperson’s decision—Test of impartiality that of reasonable apprehension of bias, taking into account non-adjudicative nature of process, absence of adversely affected interest—Even if Council initially mistaken as to lack of jurisdiction, would not lead reasonable person to believe, in circumstances, Chairperson’s reconsideration of decision to dismiss complaint tainted by improper judgment—Chairperson having wide discretion in manner in which complaint investigated—Failure to disclose letter received by Council from Judge, Chairperson’s expression of disapproval not evidence of bias.

Yeager v. Canada (Correctional Service) (C.A.) . . . 107

Access to Information—Criminologist and penal system critic requesting from Correctional Service of Canada (CSC) data, code book, software—CSC Research Branch conducting statistical research on corrections—Having access to classified databases of other government institutions—Information accessed by electronic links to computer networks—Requested data not existing but could be recreated—Requiring considerable resources, expertise over extended time—Necessity for purging data of personal

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

personne d’une salle d’audience après que cette personne eut refusé d’ôter son couvre-chef (un kufi) parce que ses convictions religieuses lui faisaient obligation de le porter—Le règlement administratif du Conseil donnait à entendre que le président du comité sur la conduite des juges, un comité du Conseil, devait décider si une destitution était justifiée—Le président était fondé à tenir compte de l’admission du juge selon laquelle celui-ci avait commis une erreur, ainsi que des regrets exprimés par lui—Sur cette base, le président avait exprimé sa désapprobation—Seul un juge, non un plaignant, peut contester la décision du président de classer une affaire en exprimant sa désapprobation—Le refus du président de renvoyer l’affaire pour complément d’enquête n’était pas déraisonnable—La manière dont le président a traité la plainte ne donnait pas lieu à une crainte raisonnable de partialité.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—*Certiorari*—Appel à l’encontre du rejet d’une demande de contrôle judiciaire de la décision du président du comité sur la conduite des juges, un comité du Conseil canadien de la magistrature, de classer une affaire relative à une plainte portée contre un juge de la Cour supérieure de justice de l’Ontario—Le juge avait refusé d’autoriser l’appelant à demeurer dans la salle d’audience tant qu’il porterait son kufi (un couvre-chef prétendument dicté par une pratique religieuse)—La norme de contrôle était la norme de la décision manifestement déraisonnable—Devoir d’équité appliqué à la décision du président—Le critère de l’impartialité était celui de la crainte raisonnable de partialité, eu égard au caractère non juridictionnel de la procédure et à l’inexistence d’un intérêt lésé—Même si le Conseil s’était initialement fourvoyé sur son absence de compétence, cela ne conduirait pas une personne raisonnable à croire que, dans les circonstances de cette affaire, le réexamen par le président de sa décision de rejeter la plainte était entaché d’un parti pris répréhensible—Le président disposait d’un vaste pouvoir discrétionnaire dans la manière d’enquêter sur la plainte—La non-communication de la lettre reçue du juge par le Conseil n’était pas une preuve de partialité, non plus que la désapprobation exprimée par le président.

Yeager c. Canada (Service correctionnel) (C.A.) . . . 107

Accès à l’information—Un criminologue et critique du système pénal avait demandé des données, un cahier de codes et un logiciel au Service correctionnel du Canada (le SCC)—La Direction générale de la recherche du SCC mène des recherches statistiques sur le système correctionnel—Elle peut accéder aux bases de données classifiées d’autres institutions fédérales—Le SCC obtient lesdits renseignements par voie électronique en se branchant sur des réseaux informatiques—Les données demandées n’existaient pas, mais elles pouvaient

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

identifiers—Denial of requests upheld by Information Commissioner—F.C.T.D. Judge ordering production of data, code book but not software as for use only on mainframe computer, not “record” as defined by Act—Novel issues before F.C.A.: is software a “record”, must government institution create, furnish non-existent records?—Data, code book meeting definition of “record” in Access to Information Act, s. 3—Under s. 4(3), record that does not exist deemed record if can be produced from machine readable record under control of government institution—Appellants’ argument, statute not requiring creation of something not existing in any form, rejected as contrary to wording of provision, statutory construction principles, purpose of legislation—Respondent’s request was for reasons approved of by S.C.C. in *Dagg* case—Limitations on disclosure obligation—F.C.T.D. Judge ignored significant evidence, erred in concluding CSC operations not unreasonably interfered with if having to disclose information requested—Difference between data, code book one of degree: disclosure of latter requiring more effort—Going to unreasonableness issue—Nothing turning on fact software for use with mainframe—Real issue: is computer software existing “record” within Act, s. 3?—Software not “record” but used to generate, view, edit record—Software not analogous to items listed in s. 3—Under external developer’s control, not government institution’s—Costs awarded unsuccessful respondent as appeal raising important new principles.

Construction of Statutes—Whether certain information government institution refusing to disclose “record” within Access to Information Act, s. 3—Whether subsection 4(3) (requiring production of certain material that does not exist but can be produced from machine readable record) to be interpreted as requiring creation of something not existing in any form—Interpretation suggested by institution offending numerous statutory construction principles: “plausible meaning rule”, “presumption of linguistic competence”, “rule against tautology”.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

être reconstituées—Le travail de reconstitution nécessitait des ressources considérables et des connaissances spécialisées durant une période prolongée—Nécessité d’expurger les données par suppression des identificateurs personnels—Le refus des demandes a été confirmé par le Commissaire à l’information—Le juge de la Section de première instance a ordonné la production des données et du cahier de codes, mais non du logiciel, qui ne pouvait être utilisé que sur un ordinateur central, et qui n’était pas un «document» au sens de la Loi—Questions inédites soumises à la Section d’appel: un logiciel est-il un «document», et une institution fédérale doit-elle créer et communiquer des documents inexistants?—Les données et le cahier de codes répondaient à la définition de «document», à l’art. 3 de la Loi sur l’accès à l’information—Selon l’art. 4(3), un document qui n’existe pas est réputé un document s’il est possible de le préparer à partir d’un document informatisé relevant d’une institution fédérale—L’argument des appelants, selon lequel la Loi ne les obligeait pas à créer des éléments qui n’existaient sous aucune forme, a été rejeté comme contraire au texte de la disposition, aux principes d’interprétation législative et à l’objet de la Loi—La demande de l’intimé s’appuyait sur des motifs approuvés par la C.S.C. dans l’arrêt *Dagg*—Limites à l’obligation de communication—Le juge de la Section de première instance a ignoré d’importants éléments de preuve, et elle a commis une erreur en disant que la communication des renseignements demandés ne constituerait pas une entrave sérieuse au fonctionnement du SCC—La différence entre des données et un cahier de codes est une différence de degré: la communication du cahier de codes nécessiterait un effort supplémentaire—Question de l’entrave sérieuse—La question n’était pas de savoir si le logiciel devait être utilisé avec un ordinateur central—Question véritable: un logiciel d’ordinateur était-il un «document» existant, au sens de l’art. 3 de la Loi?—Un logiciel n’est pas un «document», mais il est utilisé pour générer, visionner ou corriger un document—Un logiciel n’est pas apparenté aux éléments énumérés dans l’art. 3—Il relève du concepteur externe, non de l’institution fédérale—Dépens adjugés à l’intimé, qui n’a pas eu gain de cause, car l’appel soulevait un principe important et nouveau.

Interprétation des lois—Certains renseignements qu’une institution fédérale avait refusé de communiquer étaient-ils un «document» au sens de l’art. 3 de la Loi sur l’accès à l’information?—L’art. 4(3) (qui requiert la préparation de certains documents qui n’existent pas mais qu’il est possible de préparer à partir d’un document informatisé) exige-t-il la préparation de quelque chose qui n’existe sous aucune forme?—L’interprétation proposée par l’institution était contraire à de nombreux principes d’interprétation législative: «règle du sens le plus vraisemblable», «présomption de l’harmonie linguistique», «principe de non-tautologie».

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Practice—Judgments and Orders—Reversal or Variation—Motion for reconsideration under Federal Court Rules, 1998, r. 397(1)(a)—Order issued by Motions Judge upon judicial review of government institution’s denial of access to information request not dealing with all issues in reasons—Problem discovered only when reasons for judgment in preparation by F.C.A.—Further hearing held, submissions received from counsel who accepted Court’s suggestion: motion for reconsideration as order not in accord with reasons and amendment of appeal pleadings.

Practice—Costs—Motions Judge making no order as to costs as success divided upon judicial review of denial of access to information request—Requester unsuccessful before F.C.A. but awarded costs throughout, on party-and-party basis, as appeal raising important new principle in relation to legislation—Dissenting Judge would have awarded \$20,000 lump sum under Federal Court Rules, 1998 r. 400(4) as best reflecting Parliament’s intention reasonable costs be awarded.

SOMMAIRE (Fin)

Pratique—Jugements et ordonnances—Annulation ou modification—Requête en réexamen selon la règle 397(1)a) des Règles de la Cour fédérale (1998)—L’ordonnance rendue par le juge des requêtes après contrôle judiciaire du refus de l’institution fédérale de faire droit à la demande d’accès à l’information ne disposait pas de tous les points traités dans les motifs—La faille de l’ordonnance n’a été découverte qu’au moment de la rédaction des motifs de la Section d’appel—Une nouvelle audience a eu lieu, et des conclusions ont été reçues des avocats, qui ont accepté la proposition de la Cour: requête en réexamen pour défaut de concordance de l’ordonnance avec les motifs exposés, et modification des actes de procédure déposés dans l’appel.

Pratique—Frais et dépens—Le juge des requêtes n’a rendu aucune ordonnance sur les dépens puisque le résultat était partagé dans le contrôle judiciaire du refus de faire droit à la demande d’accès à l’information—Le requérant n’a pas eu gain de cause devant la C.A.F., mais il a obtenu ses dépens partie-partie, dans la présente instance et dans les instances antérieures, car l’appel soulevait, au regard de la législation, un principe important et nouveau—Le juge dissident aurait adjugé une somme forfaitaire de 20 000 \$ en vertu de la règle 400(4) des Règles de la Cour fédérale (1998), somme qui selon lui rendrait mieux compte de l’intention véritable du législateur.

APPEALS NOTED

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for Leave to Appeal

Canada (House of Commons) v. Vaid, [2003] 1 F.C. 602 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. granted, 14/8/03.

Novopharm Ltd. v. Canada, A-24-02; 2003 FCA 112, Rothstein J.A., judgment dated 5/3/03 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 28/8/03.

Société Radio-Canada v. Assoc. des réalisateurs, A-32-02; 2003 FCA 102, Noël J.A., judgment dated 25/2/03 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 14/8/03.

Yeager v. Canada (Correctional Service), [2003] 3 F.C. 107 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 17/7/03.

APPELS NOTÉS

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Canada (Chambre des communes) c. Vaid, [2003] 1 C.F. 602 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, 14-8-03.

Novopharm Ltd. c. Canada, A-24-02; 2003 CAF 112, le juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 5-3-03 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 28-8-03.

Société Radio-Canada c. Assoc. des réalisateurs, A-32-02; 2003 CAF 102, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 25-2-03 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 14-8-03.

Yeager c. Canada (Service correctionnel), [2003] 3 C.F. 107 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 17-7-03.

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

**Canada
Federal Court
Reports**

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

2003, Vol. 3, Part 1

2003, Vol. 3, 1^{er} fascicule

A-704-01
2003 FCA 55

A-704-01
2003 CAF 55

Michael Taylor (*Appellant*)

v.

Attorney General of Canada (*Respondent*)

and

Canadian Judicial Council (*Intervener*)

INDEXED AS: TAYLOR v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (C.A.)

Court of Appeal, Décary, Rothstein and Evans JJ.A.—
Toronto, October 31, 2002; Ottawa, February 3, 2003.

Judges and Courts — Canadian Judicial Council's handling of complaint over exclusion from courtroom when individual refused to remove head covering (kufi) as part of his religious belief, practice — Council's By-laws implying Chairperson of Council's Judicial Conduct Committee must form opinion as to whether removal warranted — Chairperson entitled to consider Judge's admission of error, expression of regret — On this basis Chairperson expressed disapproval — Only Judge, not complainant, can impugn Chairperson's decision to close file with expression of disapproval — Chairperson's refusal to refer matter for further investigation not unreasonable — Chairperson's handling of complaint not giving rise to reasonable apprehension of prejudgment.

Administrative Law — Judicial Review — Certiorari — Appeal from dismissal of judicial review of decision of Chairperson of Canadian Judicial Council's Judicial Conduct Committee to close file containing complaint about Judge of Ontario Superior Court of Justice — Latter refusing to permit appellant to remain in courtroom while wearing kufi (head covering said to be worn as part of religious practice) — Standard of review patent unreasonableness — Duty of fairness applied to Chairperson's decision — Test of impartiality that of reasonable apprehension of bias, taking into account non-adjudicative nature of process, absence of adversely affected interest — Even if Council initially mistaken as to lack of jurisdiction, would not lead reasonable person to believe, in circumstances, Chairperson's reconsideration of decision to dismiss complaint tainted by improper judgment —

Michael Taylor (*appelant*)

c.

Procureur général du Canada (*intimé*)

et

Conseil canadien de la magistrature (*intervenant*)

RÉPERTORIÉ: TAYLOR c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.)

Cour d'appel, juges Décary, Rothstein et Evans, J.C.A.,
—Toronto, 31 octobre 2002; Ottawa, 3 février 2003.

Juges et tribunaux — Le Conseil canadien de la magistrature avait disposé d'une plainte portant sur l'exclusion d'une personne d'une salle d'audience après que cette personne eut refusé d'ôter son couvre-chef (un kufi) parce que ses convictions religieuses lui faisaient obligation de le porter — Le Règlement administratif du Conseil donnait à entendre que le président du comité sur la conduite des juges, un comité du Conseil, devait décider si une destitution était justifiée — Le président était fondé à tenir compte de l'admission du juge selon laquelle celui-ci avait commis une erreur, ainsi que des regrets exprimés par lui — Sur cette base, le président avait exprimé sa désapprobation — Seul un juge, non un plaignant, peut contester la décision du président de classer une affaire en exprimant sa désapprobation — Le refus du président de renvoyer l'affaire pour complément d'enquête n'était pas déraisonnable — La manière dont le président a traité la plainte ne donnait pas lieu à une crainte raisonnable de partialité.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Appel à l'encontre du rejet d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du président du comité sur la conduite des juges, un comité du Conseil canadien de la magistrature, de classer une affaire relative à une plainte portée contre un juge de la Cour supérieure de justice de l'Ontario — Le juge avait refusé d'autoriser l'appelant à demeurer dans la salle d'audience tant qu'il porterait son kufi (un couvre-chef prétendument dicté par une pratique religieuse) — La norme de contrôle était la norme de la décision manifestement déraisonnable — Devoir d'équité appliqué à la décision du président — Le critère de l'impartialité était celui de la crainte raisonnable de partialité, eu égard au caractère non juridictionnel de la procédure et à l'inexistence d'un intérêt lésé — Même si le

Chairperson having wide discretion in manner in which complaint investigated — Failure to disclose letter received by Council from Judge, Chairperson's expression of disapproval not evidence of bias.

A judge of Ontario's Superior Court of Justice, presiding a criminal trial, refused to allow the appellant and others to remain in the courtroom as a member of the public while he was wearing a kufi, a small head covering. The appellant, of the Islamic faith and a spiritual leader of the African-Canadian community had told the Judge that he could not remove his kufi because he wore it as part of his religious belief and practice. The appellant eventually filed a complaint with the Canadian Judicial Council (Council). The Chairperson of the Council's Judicial Conduct Committee did not refer the matter for a formal investigation by the Council and closed the complaint file, stating that the exclusion of the appellant from the trial was improper and inappropriate, created the impression that the Judge was insensitive to minority groups, and merited the expression of disapproval. A formal investigation by the Council could have resulted in a recommendation that the Judge be removed from the office as a judge on the ground that he had been "placed by his conduct . . . in a position incompatible with the due execution of that office".

Different avenues were explored in an attempt to find a legal remedy for what the appellant regarded as the Judge's discriminatory conduct: the Court of Appeal for Ontario and the Ontario and Canadian Human Rights Commissions. However, none of these bodies addressed the issue of the Judge's fitness to remain in office. The Court of Appeal found that, although the Judge's rulings did not deprive the accused of the right to a public trial, the Judge erred in the exercise of his discretion. First, Charter protection for religious freedom is not restricted to "obligatory doctrine", as opposed to a "chosen religious practice". Second, the extent of the protection provided by the Charter to freedom of religion is not limited to persons who belong to one of the "major and recognizable religions". The Court concluded that the rulings may well have inadvertently created the impression of an insensitivity as to the rights of minority groups.

This was an appeal from the Applications Judge's decision dismissing the appellant's application for judicial review of the Chairperson's decision. The appellant submitted that the

Conseil s'était initialement fourvoyé sur son absence de compétence, cela ne conduirait pas une personne raisonnable à croire que, dans les circonstances de cette affaire, le réexamen par le président de sa décision de rejeter la plainte était entaché d'un parti pris répréhensible — Le président disposait d'un vaste pouvoir discrétionnaire dans la manière d'enquêter sur la plainte — La non-communication de la lettre reçue du juge par le Conseil n'était pas une preuve de partialité, non plus que la désapprobation exprimée par le président.

Un juge de la Cour supérieure de justice de l'Ontario qui présidait un procès criminel avait refusé de permettre à l'appellant, et à d'autres, de demeurer dans la salle d'audience en tant que membre du public s'il n'était pas son kufi, un petit couvre-chef. L'appellant, qui était de religion musulmane et qui était un chef spirituel de la collectivité canadienne-africaine, avait dit au juge qu'il ne pouvait ôter son kufi parce que ses convictions religieuses lui faisaient obligation de le porter. L'appellant avait finalement déposé une plainte auprès du Conseil canadien de la magistrature (le Conseil). Le président du comité sur la conduite des juges, un comité du Conseil, n'a pas renvoyé l'affaire pour enquête formelle du Conseil et il a fermé le dossier de la plainte, en affirmant qu'il avait été fautif et répréhensible pour le juge d'exclure l'appellant du procès, que l'exclusion avait donné l'impression que le juge était insensible aux groupes minoritaires et qu'elle justifiait l'expression d'une désapprobation. Une enquête formelle du Conseil aurait pu conduire le Conseil à recommander la destitution du juge au motif qu'il s'était placé dans une «situation d'incompatibilité, qu'elle soit imputable au juge ou à toute autre cause».

Diverses instances ont été saisies en vue de trouver une réparation juridique pour ce que l'appellant considérait comme une conduite discriminatoire de la part du juge: la Cour d'appel de l'Ontario et les Commissions ontarienne et canadienne des droits de la personne. Cependant, aucune de ces instances n'a disposé de la question de l'aptitude du juge à conserver sa charge. La Cour d'appel avait jugé que, même si la décision du juge n'avait pas privé l'accusé du droit à un procès public, le juge avait erré dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. D'abord, la protection conférée par la Charte en matière de liberté de religion ne se limite pas à la «doctrine obligatoire», par opposition à une «pratique religieuse choisie». Deuxièmement, l'étendue de la protection conférée par la Charte en matière de liberté de religion ne se limite pas aux personnes qui appartiennent à l'une des «grandes religions reconnaissables». La Cour avait conclu que les prononcés erronés du juge avaient fort bien pu donner l'impression que le juge était insensible aux droits des groupes minoritaires.

Il s'agissait d'un appel formé contre la décision d'un juge des requêtes qui avait rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'appellant à l'encontre de la décision du président du

Applications Judge erred in finding that the Chairperson's refusal to refer the matter for further investigation was not unreasonable; that the Chairperson's handling of the complaint should have been held to be vitiated by bias, on the ground that it gave rise to a reasonable apprehension of prejudice; that the Council's dismissal of the complaint was in breach of the appellant's rights under section 15 of the Charter because the Council thereby condoned the Judge's infringement of his rights under sections 2 and 15 of the Charter and denied him access to the only forum in which he could seek an effective remedy.

Held, the appeal should be dismissed.

The standard of review for reviewing the decision of the Chairperson to close the complaint file was patent unreasonableness: *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)* (S.C.C.). That standard required a very high degree of deference to the decision-maker.

The Chairperson did not misdirect himself on the legal test to be applied when considering the disposition of a complaint, or base his decision on a finding of fact unsupported by the evidence. The Chairperson was correct in not applying the test of a *prima facie* case for removal in deciding whether to close a file. The Council's By-laws permit the Chairperson to close a file if the matter is not considered sufficiently serious as to warrant removal, thus implying that the Chairperson must form a view as to whether removal is warranted. The "question to be asked before making a recommendation that a judge be removed is whether the conduct for which [the judge] is blamed is so manifestly and totally contrary to the impartiality . . . of the judiciary that the confidence of individuals appearing before the judge, or of the public in its justice system, would be undermined, rendering the judge incapable of performing the duties of his office": *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada*, Martin L. Friedland. Impartiality in judges includes their ability to ensure that justice is administered equally without discrimination. Protecting that impartiality also requires protection of judicial independence. It would take a significantly stronger case than this to persuade the Court that the Chairperson had struck such an inappropriate balance between the need for judicial accountability outside the appeal process and judicial independence that the decision to close a complaint with an expression of disapproval warranted the intervention of the Court in judicial review proceedings. Furthermore, in deciding whether the complaint warranted removal from office, the Chairperson was entitled to take into account the Judge's admission that his ruling was incorrect, his expression of regret if his conduct had created the erroneous impression that he harboured prejudices against any minority

comité. L'appelant faisait valoir que le juge des requêtes avait commis une erreur en affirmant que le refus du président de renvoyer l'affaire pour complément d'enquête était raisonnable; selon l'appelant, le juge des requêtes se devait aussi de dire que la manière dont le président du comité avait disposé de la plainte était entachée de partialité, parce que le président avait de la sorte suscité une crainte raisonnable de partialité; enfin, selon l'appelant, le rejet de la plainte par le comité du Conseil équivalait à dénier les droits de l'appelant selon l'article 15 de la Charte, parce que le Conseil se trouvait ainsi à cautionner la décision du juge de lui dénier les droits que lui conféraient les articles 2 et 15 de la Charte et parce que le Conseil lui avait refusé de ce fait l'accès à la seule tribune où il pouvait espérer un redressement adéquat.

Arrêt: l'appel est rejeté.

La norme de contrôle à appliquer pour l'examen de la décision du président de fermer le dossier de la plainte était la norme de la décision manifestement déraisonnable: *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)* (C.S.C.). Cette norme appelait un niveau très élevé de retenue envers le décideur.

Le président ne s'est pas mépris sur le critère juridique à appliquer lorsqu'il doit disposer d'une plainte, ni n'a fondé sa décision sur une conclusion de fait qui n'était pas autorisée par la preuve. Le président a eu raison de ne pas appliquer le critère du commencement de preuve justifiant la destitution lorsqu'il a décidé s'il convenait ou non de classer l'affaire. Le Règlement administratif du Conseil autorise le président à classer une affaire s'il juge qu'elle n'est pas suffisamment grave pour justifier la destitution, ce qui signifie que le président doit se demander si la destitution est justifiée. «Avant de formuler une recommandation de destitution à l'endroit d'un juge, on doit se demander si la conduite qui lui est reprochée porte si manifestement et si totalement atteinte à l'impartialité [. . .] de la magistrature qu'elle ébranle la confiance du justiciable ou du public en son système de justice et rend le juge incapable de s'acquitter des fonctions de sa charge»: *Une place à part: L'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*, Martin L. Friedland. L'impartialité des juges consiste en leur aptitude à faire en sorte que la justice soit administrée de la même façon pour tous, sans discrimination. Protéger cette impartialité requiert également de protéger l'indépendance de la justice. Il faudrait un cas nettement plus convaincant que celui-ci pour persuader la Cour que le président s'est éloigné du juste milieu entre d'une part la nécessité de rendre les juges comptables de leur conduite en dehors du processus d'appel et d'autre part l'indépendance de la justice, au point que la décision de fermer le dossier d'une plainte par l'expression d'une désapprobation justifiait l'intervention de la Cour dans une procédure de contrôle judiciaire. Par ailleurs, en se demandant si la plainte justifiait la destitution du juge, le président était fondé à

groups, and his denial that he was biased against them. It was on the basis of this correspondence that the Chairperson was able to express disapproval of the Judge's conduct. Only a judge, and not a complainant, can impugn a Chairperson's decision to close a file with an expression of disapproval, on the ground that the judge had not recognized that his or her conduct was inappropriate or improper within the meaning of subsection 50(2) of the Council's By-laws.

The Attorney General argued that the Chairperson owed no duty to a complainant to observe procedural fairness in the course of determining whether to close a file because the rights of complainant are not affected by this power. However, while the closing of a file may not adversely affect a personal interest of the complainant, more is at stake than accurate decision making. To deny a complainant the right to procedural fairness is apt to frustrate the ability of the Council to perform its statutory function of improving the quality of judicial services by thoroughly investigating complaints in order that it may take appropriate action, and thereby enhance public confidence in the judiciary. It would be inimical to the sensitive role of the Council in enhancing the administration of justice in Canada to impose a duty of fairness to protect the independence of the judiciary, as well as the private interests of judges in their reputations and livelihood, but not to impose it to protect the equally important public interest in ensuring that judicial misconduct is accurately identified and appropriately dealt with. There is no basis to the argument that there is no duty of fairness to complainants before a complaint file is closed by the Chairperson because, at this stage, the Council's function is incomplete. From the perspective of a complainant, the closing of the file is a final disposition of the complaint. In addition to the importance of the duty of fairness to the Council's ability to perform its function, its applicability is indicated by the nature of the decision made by the Chairperson that a judge's conduct does or does not warrant removal from office. A determination of this question involves the application of a statutory standard that is not at the general or policy end of the spectrum, and requires an appreciation of the facts about an individual's conduct and the exercise of judgment about whether the conduct was improper, and, if it was, its seriousness when viewed against the public interests in ensuring that judges do not misconduct themselves and in maintaining judicial independence.

The closed-mind test is too low a standard of impartiality to be applied to the decision to close a complaint file. The

prendre en compte l'admission du juge selon laquelle sa décision était déplacée, les regrets qu'il avait exprimés pour le cas où sa conduite avait pu donner l'impression qu'il avait des préventions contre des groupes minoritaires, et la dénégation de tout préjugé de sa part envers eux. C'était sur la base de cette correspondance que le président s'était cru autorisé à désapprouver la conduite du juge. Seul un juge, et non un plaignant, peut contester la décision du président de classer une affaire en exprimant sa désapprobation, au motif que le juge n'avait pas reconnu que sa conduite était déplacée ou répréhensible au sens du paragraphe 50(2) du Règlement administratif du Conseil.

Le procureur général a fait valoir que le président n'avait pas envers un plaignant l'obligation d'observer l'équité procédurale lorsqu'il décidait de classer une affaire parce que les droits du plaignant ne sont pas modifiés par ce pouvoir. Cependant, même si le fait de classer une affaire peut ne pas léser les intérêts personnels du plaignant, ce qui est en jeu va au-delà d'une décision exacte. Dénier à un plaignant le droit à l'équité procédurale risque d'entraver l'aptitude du Conseil à exercer sa fonction officielle, qui est d'améliorer la qualité de la justice en examinant les plaintes en profondeur et avec impartialité, afin de pouvoir prendre les mesures qui s'imposent et par là accroître la confiance du public dans la justice. On comprendrait très mal le rôle délicat du Conseil, qui est de faire progresser l'administration de la justice au Canada, si l'on imposait au Conseil le devoir d'équité consistant à protéger l'indépendance de la justice, ainsi que l'intérêt personnel des juges dans leur réputation et leurs moyens d'existence, mais sans lui imposer l'obligation de protéger un intérêt public tout aussi important, le dépistage scrupuleux des cas d'inconduite chez les juges et l'adoption de mesures adéquates dans les cas semblables. Il n'y a aucun fondement dans l'argument avancé à l'encontre de l'existence d'un devoir d'équité envers les plaignants avant que le président ne ferme le dossier d'une plainte, et cela parce que, à ce stade, la fonction du Conseil est incomplète. Du point de vue du plaignant, le fait pour le président de classer l'affaire constitue une décision finale sur la plainte. Outre l'importance du devoir d'équité pour l'aptitude du Conseil à exercer sa fonction, l'applicabilité de ce principe est révélée par la nature de la décision du président selon laquelle la conduite reprochée justifie ou ne justifie pas la destitution. La réponse à cette question suppose l'application d'une norme établie qui ne se situe pas à l'extrémité générale du registre et qui requiert une appréciation des faits entourant la conduite d'une personne, de même que la faculté de discerner si la conduite était déplacée et, dans l'affirmative, si elle est grave lorsqu'on la considère sous l'angle de l'intérêt général pour une conduite acceptable de la part des juges et pour la préservation de l'indépendance de la justice.

Le critère de l'esprit fermé est une norme trop faible d'impartialité pour qu'elle puisse s'appliquer à la décision de

appropriate test in this case is that of a reasonable apprehension of bias as formulated by the Supreme Court of Canada in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.* However, the Court must take into account the non-adjudicative nature of the process and the absence of an adversely affected interest. Since the investigative process is ongoing, a decision to close a file can always be revisited. Therefore, a decision by the Chairperson not to send a complaint for further investigation cannot be set aside for reasonable apprehension of bias on the ground that the Chairperson had previously closed the file. And while the standard of bias cannot be the perspective of the most sensitive, the reasonable person is supportive of the basic principles on which our constitution is based, including the principle of equality: *R. v. S. (R.D.)* (S.C.C.).

Even if it could be said that the Council initially declined jurisdiction over the complaint, a mistaken view about the Council's jurisdiction would not lead a reasonable person to believe that, in the circumstances, the Chairperson's reconsideration of his decision to dismiss the complaint was tainted by an improper prejudgment. The statement by the Chairperson that the Judge considered the steps taken necessary are not evidence of bias. He did not say that the steps taken were necessary.

Failure to disclose the letter received by the Council from the Judge, and which the Chairperson took into account in deciding to close the file, was not evidence of bias. The Chairperson has a wide discretion in the manner in which a complaint is investigated. The duty of fairness did not oblige the Chairperson to inquire into the complaint in the manner suggested by the complainant. It was entirely appropriate for the Council to defer to the normal forum for examining the propriety of a judge's in-court conduct, namely, an appellate court, before dealing with a complaint arising from it.

As to whether the disposition of the complaint was itself evidence of bias, the Chairperson's expression of disapproval properly reflected the Judge's acknowledgment that he had been in error. This was not evidence of bias.

The Chairperson's conduct would not have caused reasonable persons, who had informed themselves of the facts and thought the matter through in a practical manner, to believe that it was more likely than not that the Chairperson had prejudged the complaint, and did not impartially reconsider his decision to close the file in light of the decision and comments of the Ontario Court of Appeal, and the other material before him.

fermer le dossier d'une plainte. Le critère à appliquer ici est celui de la crainte raisonnable de partialité tel qu'il a été énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*. Cependant, la Cour doit prendre en compte la nature non juridictionnelle du processus et l'absence d'un intérêt lésé. Puisqu'il s'agit d'un processus d'enquête, la décision de classer une affaire peut toujours être revue. Par conséquent, la décision du président de ne pas soumettre une plainte à un complément d'enquête ne peut être annulée pour cause de crainte raisonnable de partialité au motif qu'il avait auparavant classé l'affaire. Et tandis que la norme de la partialité ne peut être la perspective des personnes les plus sensibles, la personne raisonnable défend les principes fondamentaux sur lesquels est fondée notre constitution, notamment le principe d'égalité: *R. c. S. (R.D.)* (C.S.C.).

Même si l'on pouvait dire que le Conseil s'est au départ déclaré incompétent pour entendre la plainte, une opinion erronée sur la compétence du Conseil ne conduirait pas une personne raisonnable à croire que, dans les circonstances de cette affaire, le réexamen par le président de sa décision de rejeter la plainte était entaché d'un parti pris répréhensible. La déclaration du président selon laquelle le juge avait considéré nécessaires les mesures prises n'est pas la preuve d'une partialité. Il n'a pas dit que les mesures prises étaient nécessaires.

La non-communication de la lettre envoyée par le juge au Conseil, lettre que le président avait prise en compte pour décider de classer l'affaire, n'était pas la preuve d'une partialité. Le président jouit d'un large pouvoir d'appréciation dans la manière d'examiner une plainte. Le devoir d'équité n'obligeait pas le président à enquêter sur la plainte de la manière préconisée par le plaignant. Il était tout à fait légitime pour le Conseil, lorsqu'il s'agissait d'examiner l'à-propos de la conduite d'un juge dans une salle d'audience, de s'en remettre à l'instance régulièrement saisie, à savoir une cour d'appel, avant de disposer d'une plainte se rapportant à cette conduite.

Sur la question de savoir si la décision relative à la plainte était elle-même la preuve d'une partialité, la désapprobation exprimée par le président rendait compte adéquatement du mea-culpa du juge. Ce n'était pas là une preuve de partialité.

La conduite du président n'aurait pas amené une personne raisonnable qui s'était informée des circonstances et qui avait examiné l'affaire avec réalisme et dans tous ses détails à croire que le juge avait tout probablement des préventions contre la plainte et qu'il n'avait pas réexaminé en toute impartialité sa décision de classer l'affaire à la suite de l'arrêt et des observations de la Cour d'appel de l'Ontario, et au vu des autres pièces qu'il avait devant lui.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

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

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6.

Judges Act, R.S.C., 1985, c. J-1, ss. 60(1) (as am. by S.C. 1992, c. 51, s. 26), (2)(c), 61(3), 63(2) (as am. *idem*, s. 27), 65(2) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 27, s. 5).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council), [2002] 1 S.C.R. 249; (2002), 209 D.L.R. (4th) 1; 245 N.B.R. (2d) 201; 36 Admin. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 201; *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115.

CONSIDERED:

R. v. Laws (1998), 41 O.R. (3d) 499; 165 D.L.R. (4th) 301; 128 C.C.C. (3d) 516; 18 C.R. (5th) 257 (C.A.); *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 271; 4 Admin. L.R. (2d) 121; 134 N.R. 241.

REFERRED TO:

Taylor v. Canada (Attorney General) (1997), 155 D.L.R. (4th) 740 (F.C.T.D.); *Taylor v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 298; (2000), 184 D.L.R. (4th) 706; 21 Admin. L.R. (3d) 27; 44 C.P.C. (4th) 1; 253 N.R. 252 (C.A.); *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 8 C.H.R.R. D/4326; 87 CLLC 17,025; 75 N.R. 303; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; (1990), 69 D.L.R. (4th) 489; [1990] 3 W.W.R. 289; 83 Sask. R. 81; 43 Admin. L.R. 157; 30 C.C.E.L. 237; 90 CLLC 14,010; 106 N.R. 17; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v.*

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. 2, 15.

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985) ch. H-6.

Loi sur les juges, L.R.C. (1985), ch. J-1, art. 60(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 51, art. 26), (2)c, 61(3), 63(2) (mod., *idem*, art. 27), 65(2) (mod. par L.R.C. (1985) (2° suppl.), ch. 27, art. 5).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature), [2002] 1 R.C.S. 249; (2002), 209 D.L.R. (4th) 1; 245 N.B.R. (2d) 201; 36 Admin. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 201; *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

R. c. Laws (1998), 41 O.R. (3d) 499; 165 D.L.R. (4th) 301; 128 C.C.C. (3d) 516; 18 C.R. (5th) 257 (C.A.); *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 271; 4 Admin. L.R. (2d) 121; 134 N.R. 241.

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

Taylor c. Canada (Procureur général) (1997), 155 D.L.R. (4th) 740 (C.F. 1^{re} inst.); *Taylor c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 298; (2000), 184 D.L.R. (4th) 706; 21 Admin. L.R. (3d) 27; 44 C.P.C. (4th) 1; 253 N.R. 252 (C.A.); *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 8 C.H.R.R. D/4326; 87 CLLC 17,025; 75 N.R. 303; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; (1990), 69 D.L.R. (4th) 489; [1990] 3 W.W.R. 289; 83 Sask. R. 81; 43 Admin. L.R. 157; 30 C.C.E.L. 237; 90 CLLC 14,010; 106 N.R. 17; *Assoc. des résidents du Vieux*

Winnipeg (City), [1990] 3 S.C.R. 1170; (1990), 75 D.L.R. (4th) 385; [1991] 2 W.W.R. 145; 2 M.P.L.R. (2d) 217; 69 Man.R. (2d) 134; 46 Admin. L.R. 161; 116 N.R. 46; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; affg (1995), 127 D.L.R. (4th) 329; 21 B.L.R. (2d) 68; 63 C.P.R. (3d) 67; 185 N.R. 291 (C.A.); *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412; (1984), 14 D.L.R. (4th) 457; 55 N.R. 321; 14 Admin. L.R. 72; 84 CLLC 14,069; *Therrien (Re)*, [2001] 2 S.C.R. 3; (2001), 30 Admin. L.R. (3d) 171; 155 C.C.C. (3d) 1; 43 C.R. (5th) 1; 84 C.R.R. (2d) 1; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; (1997), 161 N.S.R. (2d) 241; 151 D.L.R. (4th) 193; 1 Admin. L.R. (3d) 74; 118 C.C.C. (3d) 353; 10 C.R. (5th) 1; 218 N.R. 1; *Slattery v. Canada (Human Rights Commission)*, [1994] 2 F.C. 574; (1994), 73 F.T.R. 161 (T.D.); affd (1996), 205 N.R. 383 (F.C.A.); *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 100 N.R. 241; *Save Richmond Farmland Society v. Richmond (Township)*, [1990] 3 S.C.R. 1213; (1990), 75 D.L.R. (4th) 425; [1991] 2 W.W.R. 178; 52 B.C.L.R. (2d) 145; 46 Admin. L.R. 264; 2 M.P.L.R. (2d) 288; 116 N.R. 68.

AUTHORS CITED

De Smith, S. A. *et al. Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. London: Sweet & Maxwell, 1995.
 Friedland, Martin L. *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada*. Ottawa: Canadian Judicial Council, 1995.
 Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.

APPEAL from a Trial Division decision (*Taylor v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 F.C. 91; (2001), 207 D.L.R. (4th) 552; 38 Admin. L.R. (3d) 86; 212 F.T.R. 246 (T.D.)) dismissing an application for judicial review of the decision of the Chairperson of the Canadian Judicial Council's Judicial Conduct Committee to close the appellant's file containing a complaint concerning an Ontario Superior Court of Justice Judge's refusal to allow the appellant to remain in the courtroom as a member of the public while wearing a kufi (religious head covering). Appeal dismissed.

Saint-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville), [1990] 3 R.C.S. 1170; (1990), 75 D.L.R. (4th) 385; [1991] 2 W.W.R. 145; 2 M.P.L.R. (2d) 217; 69 Man.R. (2d) 134; 46 Admin. L.R. 161; 116 N.R. 46; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; conf. (1995), 127 D.L.R. (4th) 329; 21 B.L.R. (2d) 68; 63 C.P.R. (3d) 67; 185 N.R. 291 (C.A.); *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412; (1984), 14 D.L.R. (4th) 457; 55 N.R. 321; 14 Admin. L.R. 72; 84 CLLC 14,069; *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3; (2001), 30 Admin. L.R. (3d) 171; 155 C.C.C. (3d) 1; 43 C.R. (5th) 1; 84 C.R.R. (2d) 1; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; (1997), 161 N.S.R. (2d) 241; 151 D.L.R. (4th) 193; 1 Admin. L.R. (3d) 74; 118 C.C.C. (3d) 353; 10 C.R. (5th) 1; 218 N.R. 1; *Slattery c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1994] 2 C.F. 574; (1994), 73 F.T.R. 161 (1^{re} inst.); conf. par (1996), 205 N.R. 383 (C.A.F.); *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 100 N.R. 241; *Save Richmond Farmland Society c. Richmond (Canton)*, [1990] 3 R.C.S. 1213; (1990), 75 D.L.R. (4th) 425; [1991] 2 W.W.R. 178; 52 B.C.L.R. (2d) 145; 46 Admin. L.R. 264; 2 M.P.L.R. (2d) 288; 116 N.R. 68.

DOCTRINE

De Smith, S. A. *et al. Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. London: Sweet & Maxwell, 1995.
 Friedland, Martin L. *Une place à part: L'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*. Ottawa: Conseil canadien de la magistrature, 1995.
 Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.

APPEL à l'encontre d'un jugement de la Section de première instance (*Taylor c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 C.F. 91; (2001), 207 D.L.R. (4th) 552; 38 Admin. L.R. (3d) 86; 212 F.T.R. 246 (1^{re} inst.)) qui avait rejeté une demande de contrôle judiciaire déposée contre la décision du président du comité sur la conduite des juges, un comité du Conseil canadien de la magistrature, de fermer le dossier de l'appelant relatif à une plainte concernant le refus d'un juge de la Cour supérieure de justice de l'Ontario d'autoriser l'appelant à demeurer dans la salle d'audience comme membre du public alors qu'il portait un kufi (couvre-chef de caractère religieux). Appel rejeté.

APPEARANCES:

Peter M. Rosenthal for appellant.
M. Sean Gaudet and *Michael H. Morris* for respondent.
Nancy K. Brooks for intervener.

SOLICITORS OF RECORD:

Roach, Schwartz & Associates, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

Blake, Cassels & Graydon LLP, Ottawa, for intervener.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

EVANS J.A.:

A. INTRODUCTION

[1] This appeal concerns the propriety of the Canadian Judicial Council's handling of a complaint made to it about Justice A. C. Whealy, a judge of Ontario's Superior Court of Justice. As the presiding Judge at a criminal trial, Justice Whealy had refused to allow Michael Taylor to remain in the courtroom as a member of the public while he was wearing a kufi, a small head covering. Mr. Taylor is of the Islamic faith and a spiritual leader in the African-Canadian community. He told the Judge that he could not remove his kufi because he wore it as part of his religious belief and practice. Nonetheless, the Judge insisted that he leave unless he removed it.

[2] In Mr. Taylor's view, Justice Whealy's ruling on the wearing of head coverings in court, and his subsequent explanations of it, raise a serious question about his fitness to continue to hold judicial office in a multicultural society that respects and celebrates diversity, including in matters of religion. Mr. Taylor complained to the Canadian Judicial Council in order to have this concern addressed.

ON COMPARU:

Peter M. Rosenthal pour l'appellant.
M. Sean Gaudet et *Michael H. Morris* pour l'intimé.
Nancy K. Brooks pour l'intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Roach, Schwartz & Associates, Toronto, pour l'appellant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.
Blake, Cassels & Graydon LLP, Ottawa, pour l'intervenant.

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

LE JUGE EVANS, J.C.A.:

A. INTRODUCTION

[1] Le présent appel concerne le point de savoir si le Conseil canadien de la magistrature a disposé adéquatement d'une plainte portée devant lui à l'encontre du juge A. C. Whealy, un juge de la Cour supérieure de justice de l'Ontario. Alors qu'il présidait un procès criminel, le juge Whealy avait refusé à Michael Taylor le droit de demeurer dans la salle d'audience parmi le public parce qu'il portait un petit couvre-chef appelé kufi. M. Taylor, qui est de religion musulmane, est un chef spirituel de la collectivité canadienne-africaine. Il a dit au juge qu'il ne pouvait ôter son kufi parce que ses convictions religieuses lui faisaient obligation de le porter. Néanmoins, le juge a insisté pour qu'il quitte la salle d'audience à moins qu'il ne se découvrit.

[2] De l'avis de M. Taylor, la décision du juge Whealy sur le port de coiffures et de chapeaux dans une salle d'audience, et l'explication ultérieure qu'il en a donné, soulèvent un doute sérieux sur son aptitude à conserver sa charge de magistrat dans une société multiculturelle qui respecte et prône la diversité, notamment en matière religieuse. M. Taylor a déposé une plainte auprès du Conseil canadien de la magistrature pour obtenir réparation.

[3] The Chairperson of the Council's Judicial Conduct Committee did not share Mr. Taylor's view of the seriousness of the Judge's conduct. Nonetheless, in closing the complaint file he stated that the exclusion of Mr. Taylor from the trial was improper and inappropriate, created the impression that the Judge was insensitive to minority groups, and merited an expression of disapproval. He did not refer the matter for a formal investigation by the Council which could have resulted in a recommendation by the Council that Justice Whealy be removed from office as a judge on the ground that he had been "placed, by his conduct . . . in a position incompatible with the due execution of that office": *Judges Act*, R.S.C., 1985, c. J-1, paragraph 65(2)(d) [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 27, s. 5].

[4] Mr. Taylor was dissatisfied with this disposition of his complaint and applied to the Trial Division of this Court for judicial review of the Chairperson's decision. Blanchard J. dismissed the application (*Taylor v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 F.C. 91 (T.D.)), and Mr. Taylor has appealed to this Court from that decision.

[5] In oral argument before us, Mr. Rosenthal, counsel for Mr. Taylor, submitted that the Applications Judge erred in law in the following three respects. First, he erred in finding that the Chairperson's refusal to refer the matter for further investigation was not unreasonable. Second, the Chairperson's handling of the complaint should have been held to be vitiated by bias, on the ground that it gave rise to a reasonable apprehension of prejudgment. Third, the Council's dismissal of the complaint was in breach of Mr. Taylor's rights under section 15 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendice II, No. 44]] because the Council thereby condoned Justice Whealy's infringement of his rights under sections 2 and 15 of the Charter and denied him access to the only forum in which he could seek an effective remedy. For this purpose, the Council was said to be in an analogous position to an employer with respect to federally appointed judges while performing judicial duties. Counsel asked the Court to set aside the decision to close the file on Justice Whealy and to remit the matter to the Council for reconsideration.

[3] Le président du comité sur la conduite des juges, un comité du Conseil, n'a pas partagé les vues de M. Taylor sur la gravité de la conduite du juge. Néanmoins, en fermant le dossier de la plainte, il a dit qu'il avait été fautif et répréhensible d'exclure M. Taylor du procès, que l'exclusion avait donné l'impression que le juge était insensible aux groupes minoritaires et qu'elle justifiait une réprobation. Il n'a pas renvoyé l'affaire pour enquête formelle du Conseil, enquête qui aurait pu conduire le Conseil à recommander la destitution du juge au motif qu'il s'était placé dans une «situation d'incompatibilité, qu'elle soit imputable au juge ou à toute autre cause»: *Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch. J-1, alinéa 65(2)d) [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 27, art. 5].

[4] M. Taylor, insatisfait du résultat de sa plainte, a demandé à la Section de première instance de la Cour fédérale le contrôle judiciaire de la décision du président du comité. Le juge Blanchard a rejeté la demande (*Taylor c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 C.F. 91 (1^{re} inst.)), et M. Taylor a fait appel de ce jugement à la Section d'appel de la Cour fédérale.

[5] Durant sa plaidoirie, M. Rosenthal, l'avocat de M. Taylor, a fait valoir que le juge des requêtes avait commis une erreur de droit sous les trois aspects suivants. D'abord, il avait jugé à tort que le refus du président de renvoyer l'affaire pour complément d'enquête était raisonnable. Deuxièmement, il se devait de dire que la manière dont le président du comité avait disposé de la plainte était entachée de partialité, parce que le président avait donné l'impression d'avoir préjugé l'affaire. Troisièmement, le rejet de la plainte par le comité du Conseil équivalait à nier les droits conférés à M. Taylor par l'article 15 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], parce que le Conseil se trouvait ainsi à cautionner la décision du juge Whealy de lui nier les droits que lui conféraient les articles 2 et 15 de la Charte, et parce que le Conseil lui avait refusé de ce fait l'accès à la seule tribune où il pouvait espérer un redressement adéquat. Selon M. Rosenthal, la position du Conseil était assimilable à celle d'un employeur à l'égard des juges fédéraux dans l'exercice de leurs

[6] In my opinion, while aspects of the handling of the complaint to the Council are not above criticism, Mr. Taylor has not established any of his grounds of appeal.

B. FACTUAL BACKGROUND

(i) Courtroom Incidents

[7] The factual background to the present dispute has been described in the reasons for judgment below, and by both the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Laws* (1998), 41 O.R. (3d) 499 (C.A.), and this Court in *Taylor v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 298 (C.A.). Nonetheless, it needs to be repeated here since it is essential to understanding the Council's disposition of the complaint and the bases of Mr. Taylor's appeal.

[8] The genesis of this litigation is the criminal trial in Toronto of Dudley Laws, a well-known leader in the African-Canadian community, who was charged with conspiring to smuggle people across the border between Canada and the United States. The trial started on November 15, 1993, and concluded the following March. The jury found Mr. Laws guilty on five counts, but his conviction was overturned on appeal and a new trial was ordered.

[9] The trial attracted considerable publicity; the public seating area was unusually full and included supporters of Mr. Laws. The trial proceeded without disruption, except for the protests sparked by the Judge's rulings on the head coverings worn by some of those attending the trial. On the first morning of the trial, the Judge said that any one who insisted on "wearing a hat" must leave the courtroom. As officials were removing one of those who retained a head covering, counsel for Mr. Laws' co-accused told the Judge that wearing a head coverings "is a religious matter". The Judge replied: "I do not care. I am not quarrelling with his religion, he is just not going to be in the courtroom."

fonctions. M. Rosenthal a demandé à la Cour d'annuler la décision de classer la plainte déposée contre le juge Whealy et de renvoyer l'affaire au Conseil pour nouvel examen.

[6] À mon avis, la manière dont le Conseil a traité la plainte est sous certains aspects discutable, mais M. Taylor n'a établi aucun de ses griefs d'appel.

B. LES FAITS

(i) Incidents de la salle d'audience

[7] Les événements entourant le présent litige ont été décrits dans les motifs du jugement de la Section de première instance, ainsi que par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Laws* (1998), 41 O.R. (3d) 499 (C.A.), et par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Taylor c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 298. Néanmoins, il convient de les répéter ici car ils sont essentiels si l'on veut comprendre la manière dont le Conseil a disposé de la plainte et les bases de l'appel de M. Taylor.

[8] L'origine de ce litige est le procès criminel, tenu à Toronto, de Dudley Laws, un chef de file bien connu de la communauté canadienne-africaine, qui avait été accusé de complot en vue de faire passer clandestinement des gens par-delà la frontière entre le Canada et les États-Unis. Le procès avait débuté le 15 novembre 1993 et s'était terminé en mars 1994. Le jury avait déclaré M. Laws coupable sur cinq chefs, mais sa condamnation avait été infirmée en appel et un nouveau procès avait été ordonné.

[9] Le procès avait été fortement médiatisé; la section réservée au public était bondée, chose inhabituelle, et des partisans de M. Laws se trouvaient dans l'assistance. Le procès se déroula sans problème, si ce n'est le tollé déclenché par les propos du juge concernant les coiffures que portaient certains membres de l'assistance. Le premier matin du procès, le juge déclara que quiconque voulait absolument «porter un chapeau» devait quitter la salle d'audience. Alors que les huissiers audienciers escortaient vers la sortie l'un de ceux qui avaient conservé son chapeau, l'avocat du coaccusé de M. Laws déclara au juge que le port d'une coiffure «est affaire de religion». Le juge a répondu: «Cela m'est égal. Je n'ai

[10] As a result of these and similar incidents, Mr. Rosenthal, who was counsel for Mr. Laws, filed a motion requesting Justice Whealy to permit members of the public who were wearing head coverings for religious purposes to remain in the courtroom. However, before hearing argument on the motion, the Judge issued a “dress code protocol”, which stated, among other things, “male heads must be bare”, and “uncovering one’s head as a mark of respect” is a “tradition honoured by well over 90% of the population of Canada.”

[11] The Judge went on to say that he would permit the wearing of a head covering by adherents of “a well established and recognizable . . . religious community”, one of which “is clearly within the purview of the Charter”, but only if it was “an article of faith demanded by that well established and recognizable religious community”. However, he would not allow adherents of “self-proclaimed and unrecognized forms of religion” that “may . . . have limited Charter protection” to wear clothing that in his view was “derogatory to the proper process of the court.”

[12] On the day that Justice Whealy issued this order, November 22, 1993, Mr. Taylor appeared at the trial for the first time. He was wearing a kufi and told the court official who asked him to remove it, or to leave the courtroom, that he was a Muslim and wore a kufi as part of his religious practice. The officer replied that there were no exceptions and that he would have to go. As he was leaving, he heard the Judge say, “Muslims do not wear hats.” Mr. Taylor was also prevented from entering the courtroom on November 25 while wearing his kufi. On this occasion, the court official told him that he was removing him in accordance with the orders of Justice Whealy.

[13] Mr. Rosenthal filed another motion on December 1, seeking an order permitting the wearing of religious head coverings in the courtroom. Even though he had

rien contre sa religion, mais il ne restera pas dans la salle d’audience la tête couverte».

[10] À la suite de ces incidents, ainsi que d’autres, M. Rosenthal, qui était l’avocat de M. Laws, déposa une requête dans laquelle il demandait au juge Whealy d’autoriser les membres du public qui portaient des coiffures pour des motifs religieux de demeurer dans la salle d’audience. Cependant, avant d’entendre les arguments à l’appui de la requête, le juge délivra oralement un «protocole vestimentaire», qui énonçait entre autres choses que «les hommes doivent avoir la tête nue» et que «le fait de se découvrir la tête est une marque de respect, c’est une tradition observée par plus de 90 p. 100 de la population canadienne».

[11] Puis le juge a indiqué qu’il permettrait le port d’une coiffure pour les adeptes d’«une religion bien établie et reconnaissable», une religion qui «entre manifestement dans le cadre de la Charte», mais uniquement s’il s’agissait d’«un article de foi exigé par cette religion bien établie et reconnaissable». Cependant, il n’allait pas permettre aux adeptes de «religions autoproclamées et non reconnues» qui «bénéficient d’une protection restreinte au regard de la Charte» de porter des vêtements qui à son avis risquaient de nuire au bon déroulement de l’audience.

[12] Le jour où le juge Whealy a rendu cette ordonnance, le 22 novembre 1993, M. Taylor se présentait au procès pour la première fois. Il portait un kufi et il a dit au fonctionnaire judiciaire qui l’avait prié de l’enlever ou de quitter la salle d’audience qu’il était musulman et qu’il portait un kufi parce que c’était sa pratique religieuse. Le fonctionnaire lui a répondu qu’il n’y avait pas d’exception et qu’il lui faudrait sortir. Comme il s’en allait, il entendit le juge dire «des musulmans ne portent pas de chapeaux». M. Taylor fut également empêché le 25 novembre d’entrer dans la salle d’audience avec son kufi. Le fonctionnaire de la Cour lui dit alors qu’il l’excluait de la salle d’audience en conformité des ordres du juge Whealy.

[13] M. Rosenthal déposa une autre requête le 1^{er} décembre, pour obtenir une ordonnance autorisant le port de coiffures religieuses dans la salle d’audience.

before him a sworn affidavit from Mr. Taylor stating that he wore a kufi as a matter of religious practice and conviction, Justice Whealy dismissed the motion on January 5, 1994. In his reasons, the Judge reiterated the terms of the dress protocol that he had announced on November 22.

[14] Mr. Taylor and others again attempted to attend the trial on February 7, 1994, but were ejected by police officers and court officials after refusing to remove the head coverings that they were wearing for religious purposes.

(ii) Pursuit of a Remedy

[15] Different avenues were explored in an attempt to find a legal remedy for what Mr. Taylor regarded as Justice Whealy's discriminatory conduct: the Court of Appeal for Ontario, the Ontario and Canadian Human Rights Commissions, and the Canadian Judicial Council. A brief description of the relief sought from bodies other than the Council makes it clear that none addressed the concern that Mr. Taylor brought to the Council, namely, the Judge's fitness to remain in office.

(a) Ontario Court of Appeal

[16] Mr. Taylor and the others who had been excluded from the trial of Mr. Laws did not themselves ask the Court to provide a remedy. Rather, in his appeal against his conviction, Mr. Laws argued that he was denied the right to a public trial when Justice Whealy excluded from the courtroom members of the public who were wearing head coverings as part of their religious practice.

[17] After a thorough review of the events described above, as well as of the relevant case law balancing the right to a public trial and the exercise of the trial Judge's discretion to maintain courtroom decorum, the Court found that, although his rulings did not deprive Mr. Laws of the right to a public trial, Justice Whealy erred in the exercise of his discretion in the following two respects. First, Charter protection for religious freedom is not restricted to "obligatory doctrine", as opposed to a

Même s'il avait devant lui un affidavit sous serment de M. Taylor affirmant qu'il portait un kufi parce que sa religion le voulait, le juge Whealy rejeta la requête le 5 janvier 1994. Dans ses motifs, le juge réitérait les modalités du protocole vestimentaire qu'il avait fixé le 22 novembre.

[14] M. Taylor et d'autres tentèrent de nouveau d'assister au procès le 7 février 1994, mais ils furent éjectés par des officiers de police et des fonctionnaires judiciaires après avoir refusé d'enlever les coiffures qu'ils portaient pour des motifs religieux.

(ii) Quête d'une réparation

[15] Diverses instances ont été approchées en vue de trouver une réparation juridique pour ce que M. Taylor considérait comme une conduite discriminatoire de la part du juge Whealy: la Cour d'appel de l'Ontario, les Commissions ontarienne et canadienne des droits de la personne et le Conseil canadien de la magistrature. Une brève description des recours déposés auprès des instances autres que le Conseil montre clairement qu'aucune n'a pu régler le problème que M. Taylor a porté devant le Conseil, à savoir l'inaptitude du juge à conserver sa charge.

a) La Cour d'appel de l'Ontario

[16] M. Taylor et les autres qui avaient été exclus du procès de M. Laws n'ont pas eux-mêmes demandé à la Cour de prononcer un redressement. Dans l'appel interjeté contre sa condamnation, M. Laws a plutôt fait valoir que son droit à un procès public lui avait été nié lorsque le juge Whealy avait exclu de la salle d'audience les membres du public qui avaient la tête couverte en raison de leurs convictions religieuses.

[17] Après un examen attentif des événements décrits ci-dessus, ainsi que des précédents applicables mettant en équilibre le droit à un procès public et le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de préserver le décorum de la salle d'audience, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que, même si la décision du juge Whealy n'avait pas privé M. Laws du droit à un procès public, le juge Whealy avait sous les deux aspects suivants erré dans l'exercice de son pouvoir

“chosen religious practice” (*R. v. Laws*, at paragraph 23) Second, the extent of the protection provided by the Charter to freedom of religion is not limited to persons who belong to one of the “major and recognizable religions” (at paragraph 24).

[18] The Court concluded (at paragraph 26) that, while the Judge’s erroneous rulings did not deprive Mr. Laws of the right to a public trial, “the trial judge by his rulings may well have inadvertently created the impression of an insensitivity as to the rights of minority groups.” The Court [at paragraph 27] went on to say that Justice Whealy’s error in excluding certain members of the public from the courtroom “may well have resulted in creating an atmosphere that undermined the appearance of a fair trial.” However, since it allowed the appeal on other grounds, the Court did not have to decide if the exclusion of persons from the courtroom, and the atmosphere created by the Judge’s rulings, so prejudiced the fairness of the trial as to justify setting aside Mr. Laws’ conviction.

[19] The Court of Appeal thus vindicated the right of Mr. Taylor to attend court proceedings while wearing a kufi. By finding that the erroneous exclusion of Mr. Taylor and others from Mr. Laws’ trial resulted from Justice Whealy’s unduly narrow understanding of the Charter’s protection of freedom of religion, the Court not only corrected Justice Whealy, but also sought to ensure that, in the future, trials are conducted in a manner that is respectful of religious diversity and avoids the appearance of insensitivity to minority rights.

(b) human rights commissions

[20] Complaints to human rights bodies about Justice Whealy met with no success. An official of the Canadian Human Rights Commission initially advised Mr. Taylor that he should direct his complaint to the Ontario Human Rights Commission because the incident giving rise to the

discrétionnaire. D’abord, la protection conférée par la Charte en matière de liberté de religion ne se limite pas à la [TRADUCTION] «doctrine obligatoire», par opposition à une [TRADUCTION] «pratique religieuse choisie» (*R. v. Laws*, au paragraphe 23). Deuxièmement, l’étendue de la protection conférée par la Charte en matière de liberté de religion ne se limite pas aux personnes qui appartiennent à l’une des [TRADUCTION] «grandes religions reconnaissables» (au paragraphe 24).

[18] La Cour a conclu (au paragraphe 26) que les prononcés erronés du juge Whealy n’avaient pas privé M. Laws du droit à un procès public, mais que [TRADUCTION] «le juge du procès, par ses prononcés, a fort bien pu sans le vouloir donner l’impression d’être insensible aux droits des groupes minoritaires». Puis la Cour [au paragraphe 27] a dit que l’erreur commise par le juge Whealy lorsqu’il avait exclu de la salle d’audience certains membres du public [TRADUCTION] «a fort bien pu favoriser l’instauration d’un climat qui a réduit l’apparence d’un procès équitable». Cependant, comme elle avait accueilli l’appel sur d’autres motifs, la Cour s’est dispensée de décider si l’exclusion de personnes de la salle d’audience, et le climat produit par les prononcés du juge, avaient réduit de ce fait l’équité du procès au point de justifier l’annulation de la condamnation de M. Laws.

[19] La Cour d’appel confirmait ainsi le droit de M. Taylor d’assister à l’audience tout en portant un kufi. En jugeant que, par son interprétation indûment étroite de la protection conférée par la Charte à la liberté de religion, le juge Whealy avait injustement exclu M. Taylor et d’autres comme lui du procès de M. Laws, la Cour non seulement reprenait le juge Whealy, mais encore cherchait à faire en sorte que dans l’avenir les procès se déroulent d’une manière qui soit respectueuse de la diversité religieuse et qui évite toute apparence d’insensibilité aux droits des minorités.

(b) Les commissions des droits de la personne

[20] Les plaintes déposées auprès des organismes de protection des droits de la personne à propos du juge Whealy se sont soldées par des échecs. Un représentant de la Commission canadienne des droits de la personne informa d’abord M. Taylor qu’il devrait

complaint took place in a court created by provincial legislation. However, the provincial human rights body rejected the complaint, on the ground that it had no jurisdiction over the exercise of powers by federally appointed officers, including judges of the Ontario Court – General Division, as the Superior Court of Justice was then called.

[21] On returning to the Canadian Human Rights Commission, Mr. Taylor's complaint was again rejected: this time, on the ground that the independence of the judiciary conferred on Justice Whealy an absolute immunity from legal proceedings, including administrative proceedings under the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, in respect of his conduct while performing judicial duties.

[22] An application for review of this decision was dismissed (*Taylor v. Canada (Attorney General)* (1997), 155 D.L.R. (4th) 740 (F.C.T.D.)) as was Mr. Taylor's appeal (*Taylor v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 298 (C.A.)). Both at first instance and on appeal, it was noted that the Canadian Judicial Council, to which Mr. Taylor had already complained, was a more appropriate forum than the Canadian Human Rights Commission in which to pursue a complaint about a judge's conduct in court.

(c) Canadian Judicial Council

[23] A complaint to the Council about Justice Whealy's exclusion from the courtroom of men wearing religious head coverings, including Mr. Taylor's, was first made by Mr. Rosenthal in a letter dated October 28, 1994, nearly four years before the Ontario Court of Appeal decided *Laws*. The letter set out the relevant events, as well as Mr. Rosenthal's view that "such rulings are not acceptable in our present multicultural society" and his hope that the "Judicial Council would take appropriate action."

diriger sa plainte vers la Commission ontarienne des droits de la personne parce que l'incident qui avait donné lieu à la plainte s'était produit au sein d'un tribunal établi par une loi provinciale. Cependant, l'organisme provincial des droits de la personne a rejeté la plainte, au motif qu'il n'avait pas compétence sur la manière dont étaient exercés les pouvoirs de fonctionnaires nommés par le gouvernement fédéral, y compris les juges de la Cour de l'Ontario – Division générale, l'appellation que portait à l'époque la Cour supérieure de justice de l'Ontario.

[21] S'adressant de nouveau à la Commission canadienne des droits de la personne, la plainte de M. Taylor fut de nouveau rejetée: cette fois, au motif que le principe de l'indépendance de la justice conférerait au juge Whealy une immunité absolue à l'égard des procédures judiciaires, y compris les procédures administratives prévues par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, en ce qui avait trait à sa conduite dans l'exercice de ses fonctions judiciaires.

[22] Une demande de contrôle de cette décision fut rejetée (*Taylor c. Canada (Procureur général)* (1997), 155 D.L.R. (4th) 740 (C.F. 1^{re} inst.)) de même que l'appel interjeté par M. Taylor (*Taylor c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 298 (C.A.)). Tant en première instance qu'en appel, la Cour fédérale avait fait observer que le Conseil canadien de la magistrature, auprès duquel M. Taylor s'était déjà plaint, était une tribune plus adéquate que la Commission canadienne des droits de la personne pour l'examen d'une plainte portant sur la conduite d'un juge dans une salle d'audience.

c) Le Conseil canadien de la magistrature

[23] Une plainte au Conseil à propos de la décision du juge Whealy d'exclure de la salle d'audience les hommes, dont M. Taylor, qui se couvraient la tête pour des raisons religieuses, fut d'abord déposée par M. Rosenthal sous la forme d'une lettre datée du 28 octobre 1994, près de quatre ans avant que la Cour d'appel de l'Ontario ne statue sur l'affaire *Laws*. La lettre exposait les événements, ainsi que l'opinion de M. Rosenthal selon laquelle «de telles décisions ne sont pas acceptables dans la société multiculturelle où nous

[24] In a letter of reply, dated December 28, 1994, Ms. Jeannie Thomas, the Executive Director of the Council, advised Mr. Rosenthal that, having reviewed his complaint and supporting documentation, Chief Justice McEachern, the then Chairperson of the Judicial Conduct Committee, had decided to take no further action on the complaint. He viewed Mr. Laws' appeal to the Court of Appeal for Ontario as the appropriate way of challenging a ruling made by a judge in the course of legal proceeding, including, in this case, "the steps he considered necessary to maintain order in his courtroom". The complaint file was accordingly closed.

[25] Mr. Rosenthal was not satisfied with this response and, in a letter dated January 6, 1995, made two points. First, the appeal to the Court of Appeal was not an appropriate remedy for those excluded from the trial. Only parties could appeal rulings made during a trial and the Court would focus on the impact of the Judge's rulings on the conviction of the accused. Second, Mr. Rosenthal took exception to the Chairperson's comment that Justice Whealy's rulings had been made to ensure order in the courtroom, since there had been no disorder in court, except for the slight disruptions resulting from the exclusions. Accordingly, he asked for a reconsideration of the decision to close the file.

[26] Ms. Thomas replied on January 23, 1995, conveying the Chairperson's decision not to reconsider because, while the in-court conduct of judges may be scrutinized by the Council "in appropriate circumstances", "rulings by judges in the independent discharge of their judicial functions are best left with appeal courts." And, since the Court of Appeal could examine the Judge's jurisdiction to make the impugned ruling, "the Council defers to that forum in the first instance." The letter left open the possibility that, if the Court of Appeal commented adversely on Justice Whealy's ruling, "this Council could well consider

vivons aujourd'hui», et son espoir que «le Conseil de la magistrature prendrait les mesures qui s'imposent».

[24] Dans sa réponse datée du 28 décembre 1994, M^{me} Jeannie Thomas, la directrice générale du Conseil, informait M. Rosenthal que, après examen de sa plainte et des documents à l'appui, le juge en chef McEachern, alors président du comité sur la conduite des juges, avait décidé de ne pas donner suite à la plainte. Il estimait qu'un appel interjeté par M. Laws à la Cour d'appel de l'Ontario était le moyen le plus indiqué pour contester une décision rendue par un juge au cours d'une procédure judiciaire, y compris, dans le cas présent, pour contester «les mesures qu'il avait jugées nécessaires pour préserver l'ordre dans sa salle d'audience». Le dossier de la plainte fut donc classé.

[25] Insatisfait de cette réponse, M. Rosenthal exposa deux arguments dans une lettre datée du 6 janvier 1995. D'abord, un appel interjeté à la Cour d'appel n'était pas un recours adéquat pour ceux qui avaient été exclus du procès. Seules les parties au procès pouvaient faire appel de décisions rendues durant le procès, et la Cour s'intéresserait surtout aux effets que les décisions du juge avaient pu avoir sur la déclaration de culpabilité de l'accusé. Deuxièmement, M. Rosenthal s'insurgeait contre l'observation du président du comité selon laquelle les décisions du juge Whealy avaient eu pour objet de préserver l'ordre dans la salle d'audience, étant donné qu'il n'y avait eu aucun désordre dans cette salle, si ce n'est les légers troubles qui avaient résulté des exclusions. Par conséquent, M. Rosenthal demandait au Conseil de revoir sa décision de classer l'affaire.

[26] M^{me} Thomas répondit le 23 janvier 1995, en communiquant à M. Rosenthal la décision du président de ne pas reconsidérer l'affaire parce que, bien que la conduite des juges dans les salles d'audience puisse être l'objet d'un examen de la part du Conseil «dans les cas qui le justifient», «il vaut mieux laisser aux juridictions d'appel le soin d'examiner les décisions que rendent les juges dans l'accomplissement autonome de leurs fonctions judiciaires». Et, puisque la Cour d'appel pouvait examiner la compétence du juge pour rendre la décision contestée, «le Conseil s'en remet d'emblée à cette juridiction». La lettre mentionnait que, si la Cour

whether that conduct was such as would engage the jurisdiction of the Council which, as you know, is to determine whether a recommendation should be made that a judge should be removed from office.”

[27] As to Mr. Rosenthal’s statement that the Judge’s ruling could not be justified on the basis of disorder in the courtroom, the letter noted that it was impossible to know, two years later, whether the Judge was right in thinking that circumstances made it “necessary for him to assert his authority to ensure order in his courtroom”. Accordingly, the letter concluded, “it is very unlikely that a single ruling in a single case would be considered conduct deserving a recommendation for removal.”

[28] As I have already noted, the Ontario Court of Appeal did indeed comment adversely on Justice Whealy’s ruling in its disposition of the *Laws* appeal on September 9, 1998. In view of this decision, and of the previous letter from the Council, Mr. Rosenthal requested a reconsideration of Mr. Taylor’s complaint.

[29] In a letter dated December 9, 1998, Ms. Thomas advised Mr. Rosenthal that she had been asked by Chief Justice McEachern to reply to him as follows. Judges have the authority to take steps to keep order in court, and “Justice Whealy took the steps he considered necessary at the beginning of what was expected to be a very difficult trial.” However, in recognition of the importance of individuals’ freedom to practise their religion, “Judges need to be aware of the multicultural nature of their communities and keep this in mind in those few cases where it is necessary, in order to preserve decorum, to enforce a minimum standard for courtroom attire.” After setting out the Court of Appeal’s censure of the Judge’s rulings, the letter stated that Chief Justice McEachern adopted as his own the view of the Court of Appeal that “Justice Whealy’s comments created the impression that he was insensitive to minority groups” and “as such the comments were inappropriate.”

d’appel devait exprimer des doutes sur la pertinence de la décision du juge Whealy, «alors le Conseil pourrait très bien se demander si la conduite du juge a été telle qu’elle donne ouverture à l’exercice des pouvoirs du Conseil, lequel, comme vous le savez, a pour mandat de dire s’il convient de recommander qu’un juge soit destitué de ses fonctions».

[27] Quant à l’affirmation de M. Rosenthal selon laquelle la décision du juge ne pouvait se justifier par l’existence d’un désordre dans la salle d’audience, la lettre indiquait qu’il était impossible de savoir, deux ans plus tard, si le juge avait eu raison de penser que les circonstances «l’obligeaient à user de son autorité pour assurer l’ordre dans sa salle d’audience». La lettre se terminait donc par ces mots: «Il est très improbable qu’une simple décision prise dans un cas isolé serait considérée comme une conduite justifiant une recommandation de destitution.»

[28] Comme je l’ai déjà noté, la Cour d’appel de l’Ontario s’était, elle, exprimée négativement sur la décision du juge Whealy lorsqu’elle avait statué le 9 septembre 1998 sur l’appel interjeté dans l’affaire *Laws*. Fort de l’arrêt de la Cour d’appel et de la lettre antérieure du Conseil, M. Rosenthal demanda le réexamen de la plainte de M. Taylor.

[29] Dans une lettre datée du 9 décembre 1998, M^{me} Thomas informa M. Rosenthal qu’elle avait été priée par le juge en chef McEachern de lui transmettre la réponse suivante. Les juges ont le pouvoir de prendre des mesures pour préserver l’ordre dans leurs salles d’audience, et «le juge Whealy a pris les mesures qu’il estimait nécessaires au début de ce qui allait être un procès très difficile». Cependant, eu égard à l’importance de la liberté de religion, «les juges doivent être conscients de la nature multiculturelle des collectivités où ils exercent leurs fonctions, et ils doivent garder cela à l’esprit dans les rares cas où il est nécessaire, pour préserver le décorum, d’assurer le respect d’un code vestimentaire minimal pour les salles d’audience». Après avoir fait état de la censure prononcée par la Cour d’appel contre les décisions du juge, la lettre mentionnait que le juge en chef McEachern faisait siennes les vues de la Cour d’appel selon lesquelles «les observations du juge Whealy ont donné l’impression qu’il était insensible

[30] The Chief Justice also noted that, in a reply to his invitation for comments, Justice Whealy had stated: "I sincerely regret if the impression was created that I am insensitive to the rights of minority groups. That is not the case and was never my intent." Treating this as a recognition by Justice Whealy that his conduct had been inappropriate or improper, Chief Justice McEachern expressed disapproval of Justice Whealy's conduct, but concluded that it was not sufficiently serious to warrant further inquiry or action by the Council. The letter conveyed the Judge's apology to Mr. Taylor, even though, prior to Mr. Rosenthal's letter of September 8, 1995, the complainant had apparently been Mr. Rosenthal, not Mr. Taylor.

(iii) Correspondence Between Justice Whealy and the Council

[31] The Council's complete record of its 1998 decision to close the file was delivered in the course of the application for judicial review. In addition to the documents reviewed above, the record contained correspondence between Justice Whealy and the Council, of which Mr. Rosenthal had previously been unaware.

[32] In argument before the Court, Mr. Rosenthal attached considerable significance to the content of a three-page letter, dated November 30, 1994, which Justice Whealy had written to Chief Justice McEachern, but was not copied to Mr. Rosenthal. The letter was evidently sent in response to a letter from Ms. Thomas advising the Judge of Mr. Rosenthal's complaint to the Council.

[33] Mr. Rosenthal submitted that the letter evidenced Justice Whealy's unfitness to continue to hold judicial office because in it he persisted in attempting to justify his ruling in a manner that indicated that he might be unable to assure the public and, in particular, members of minority groups who appeared before him, that he did not harbour prejudices that would prevent him from

aux groupes minoritaires» et «étaient donc inopportunes».

[30] Le juge en chef McEachern relevait aussi que, en réponse à l'invitation qu'il lui avait faite de s'exprimer, le juge Whealy avait déclaré: «Je regrette sincèrement d'avoir pu donner l'impression que je suis insensible aux droits des groupes minoritaires. Ce n'est pas le cas et cela n'a jamais été mon intention». Considérant ces propos comme la reconnaissance par le juge Whealy que sa conduite avait été fautive ou répréhensible, le juge en chef McEachern a exprimé sa réprobation pour la conduite du juge Whealy, mais a conclu qu'elle n'était pas suffisamment grave pour justifier plus ample enquête ou d'autres mesures de la part du Conseil. La lettre transmettait les excuses du juge à M. Taylor, même si, avant la lettre de M. Rosenthal du 8 septembre 1995, le plaignant avait semble-t-il été M. Rosenthal, non M. Taylor.

(iii) Correspondance échangée entre le juge Whealy et le Conseil

[31] Le dossier complet de la décision du Conseil de 1998 de classer l'affaire fut communiqué en marge de la demande de contrôle judiciaire. Outre les documents examinés ci-dessus, le dossier renfermait une correspondance échangée entre le juge Whealy et le Conseil, correspondance dont M. Rosenthal avait jusqu'alors ignoré l'existence.

[32] Dans son argumentation devant la Cour, M. Rosenthal a attaché une importance considérable au contenu d'une lettre de trois pages, datée du 30 novembre 1994, que le juge Whealy avait écrite au juge en chef McEachern, mais dont M. Rosenthal n'avait pas reçu copie. La lettre avait été envoyée manifestement en réponse à une lettre de M^{me} Thomas qui informait le juge de la plainte déposée au Conseil par M. Rosenthal.

[33] Selon M. Rosenthal, la lettre attestait l'incapacité du juge Whealy à accomplir les devoirs de sa charge parce que, dans cette lettre, il persistait à vouloir justifier sa décision, et cela d'une manière qui donnait à penser qu'il n'était pas en mesure d'assurer le public, et en particulier les membres de groupes minoritaires qui comparaissaient devant lui, qu'il n'entretenait aucune

administering justice with the degree of impartiality expected of judges in a multicultural society. Because of the importance that Mr. Rosenthal attaches to this letter, I shall describe its content in some detail.

[34] The Judge started by giving some background to the criminal trial, namely, that Mr. Laws was a Black activist who had often criticized the Metropolitan Toronto Police for targeting Black youths, and that his defence to the charges against him was that they had been concocted by the police in an attempt to silence a critic. Turning to the events at the trial, the Judge stated:

At the very first day, it was instantly apparent that a concerted effort was under way to turn this into a political rather than a legal trial. A kaleidoscopic array of hats, caps and other undefinable headgear that dotted the courtroom was really quite inventive. It was quite clear that none of those articles of headgear were matters of religious orthodoxy. A considerable number of these headpieces were green, gold and red, which of course are the national colours of Jamaica. The wearing of artifacts in those colours is quite common on the streets of Toronto. As a first step, I considered it important to make sure that the courtroom and the audience which I could anticipate appearing, should not be turned into a cheering section. Accordingly, I ordered all those wearing headgear to leave the courtroom.

I might say that on that occasion there was no one wearing a kufi and indeed Mr. Taylor was not introduced to the courtroom until a week later. It was quite clear that he was introduced as an element to test the perseverance of the court.

[35] Justice Whealy went on to say that, before Mr. Taylor appeared in the courtroom, he had asked the Ontario Ministry of Multiculturalism whether the wearing of a head covering was required as an article of the Muslim faith, and was told that it was not, although many Muslims often did cover their heads. The Judge then observed that, throughout the trial, perhaps weekly, “some little incident to test the alertness of the court was tried”, such as the exaggerated removal of a hat or “a female wearing some quite unconventional head covering.” The Judge also said that, at the sentencing hearing, it took between 40 and 50 minutes for court officials to clear the courtroom of those who refused to remove their head coverings, because of the number of

prévention susceptible de l’empêcher de rendre la justice avec le niveau d’impartialité que l’on attend des juges dans une société multiculturelle. En raison de l’importance que M. Rosenthal attache à cette lettre, j’en décrirai en détail le contenu.

[34] Le juge commençait par exposer l’historique du procès criminel, en disant que M. Laws était un activiste noir qui avait souvent accusé la Police de la communauté urbaine de Toronto de cibler les jeunes Noirs, et que sa défense à l’encontre des accusations portées contre lui était que lesdites accusations avaient été fabriquées par la police pour le réduire au silence. Passant aux événements survenus durant le procès, le juge écrivait:

[TRADUCTION] Au tout premier jour, il est tout de suite apparu que l’on s’était concerté pour faire de ce procès judiciaire un procès politique. On avait devant soi quelque chose de tout à fait nouveau, un parterre multicolore de chapeaux, de casquettes et autres coiffures indéfinissables parsemant la salle d’audience. Il était très évident qu’aucune de ces coiffures ne répondait à des préceptes religieux. Beaucoup d’entre elles arboraient les couleurs vert, or et rouge, qui sont évidemment les couleurs nationales de la Jamaïque. Le port d’articles de ces couleurs est très courant dans les rues de Toronto. Au départ, j’ai jugé important de m’assurer que la salle d’audience, ainsi que l’assistance dont je pouvais prédire l’apparition, ne se transformait pas en une section des applaudissements. C’est pourquoi j’ai ordonné à tous ceux qui portaient des coiffures de quitter la salle d’audience.

J’ajouterais que personne alors ne portait un kufi et que M. Taylor ne s’est d’ailleurs présenté dans la salle d’audience qu’une semaine plus tard. Il était évident qu’il s’y était présenté pour mettre à l’épreuve la patience de la Cour.

[35] Puis le juge Whealy écrivait que, avant que M. Taylor ne se présente dans la salle d’audience, il avait demandé au ministère du Multiculturalisme de l’Ontario si le port d’une coiffure était prescrit par la foi musulmane, et on lui avait répondu par la négative, même si de nombreux musulmans se couvraient souvent la tête. Le juge faisait alors observer que, tout au long du procès, peut-être chaque semaine, «on a tenté ça et là de mettre à l’épreuve la vigilance de la Cour», par exemple le fait de se découvrir d’une manière ostentatoire, ou «le fait pour une femme de porter un chapeau extravagant». Le juge écrivait aussi que, lors de l’audience tenue pour l’imposition de la peine, il a fallu au fonctionnaire de la Cour entre 40 et 50 minutes pour évacuer de la salle

people involved. He concluded:

In short, this was an unusual trial which presented unusual problems, but which went, in my view, as smoothly as possible considering the personalities involved and the length of time it took to complete. I am of the view that it was the manner in which the court was administered which prevented this trial from degenerating into some spectacle. As well, it was my view that the conduct of the trial required a very stern hand indeed.

[36] The letter referred to in Ms. Thomas' response to Mr. Rosenthal, dated December 9, 1998, was written by Justice Whealy to the Council on November 5, 1998, and was not copied to Mr. Rosenthal. Nor does the record include the letter from the Council to Justice Whealy, to which his letter of November 5 was the reply. However, it must have been apparent to Mr. Rosenthal from the Council's letter to him of December 8, 1998, that, before completing his reconsideration of the file, Chief Justice McEachern had written to Justice Whealy for his comments on Mr. Rosenthal's letter and had received a reply, which included the statement quoted above and an apology to be conveyed to Mr. Taylor.

[37] Justice Whealy started his letter of November 5, 1998, by reiterating that most of those removed from his courtroom for retaining their head coverings "were wearing woolly knitted beret-style hats coloured gold, red and green which are the national colours of Jamaica. Mr. Taylor was wearing a fez-like hat." Parenthetically, I would note that the Judge is mistaken in one respect: the national colours of Jamaica are green, gold and black, not gold, red and green. These latter colours are, however, often associated with Rastafarianism, which originated in Jamaica.

[38] Referring to the Ontario Court of Appeal's criticism of his exclusion from the courtroom of persons wearing head coverings with a religious significance, the Judge said: "Accepting as I must the decision of the Court of Appeal, I was in error in excluding Mr. Taylor." Justice Whealy concluded his letter by saying: "I

d'audience ceux qui refusaient de se découvrir, et cela en raison du nombre de gens concernés. Il concluait ainsi:

[TRADUCTION] En bref, ce fut là un procès inusité, qui présentait des problèmes inusités, mais qui à mon avis s'est déroulé aussi harmonieusement qu'il était possible, compte tenu des personnalités concernées et de la durée nécessaire pour le mener à bien. Je suis d'avis que c'est la manière dont l'audience a été gérée qui a empêché ce procès de se transformer en un spectacle. Je suis également d'avis que la conduite du procès nécessitait véritablement une stricte discipline.

[36] La lettre mentionnée dans la réponse de M^{me} Thomas à M. Rosenthal en date du 9 décembre 1998 avait été adressée par le juge Whealy au Conseil le 5 novembre 1998 sans qu'un double en fût envoyé à M. Rosenthal. Le dossier ne renferme pas non plus la lettre adressée par le Conseil au juge Whealy, à laquelle la lettre du 5 novembre du juge Whealy constituait la réponse. Cependant, il a dû être évident à M. Rosenthal, au vu de la lettre que lui avait adressée le Conseil le 8 décembre 1998, que, avant de procéder au réexamen du dossier, le juge en chef McEachern avait écrit au juge Whealy pour lui demander de s'exprimer sur la lettre de M. Rosenthal et avait reçu de lui une réponse, qui renfermait l'extrait susmentionné, ainsi que des excuses à transmettre à M. Taylor.

[37] Le juge Whealy commençait sa lettre du 5 novembre 1998 en rappelant que la plupart de ceux qui avaient été expulsés de sa salle d'audience parce qu'ils ne voulaient pas se découvrir «portaient des coiffures en laine, style béret, de couleur or, rouge et vert, qui sont les couleurs nationales de la Jamaïque. M. Taylor portait un genre de fez». Incidemment, je ferais observer que le juge fait erreur sur un point: les couleurs nationales de la Jamaïque sont le vert, l'or et le noir, non l'or, le rouge et le vert. Ces dernières couleurs sont cependant associées souvent au Rastafarianisme, qui a pour origine la Jamaïque.

[38] Se référant à la critique formulée par la Cour d'appel de l'Ontario parce qu'il avait exclu de la salle d'audience les personnes qui portaient des coiffures ayant une signification religieuse, le juge écrivait: «Acceptant comme je le dois la décision de la Cour d'appel, j'ai eu tort d'exclure M. Taylor». Le

sincerely regret if the impression was created that I am insensitive to the rights of minority groups. That is not the case and was never my intent.”

C. STATUTORY FRAMEWORK

[39] The provisions of the *Judges Act* establishing the Canadian Judicial Council that are relevant to this appeal are as follows.

Judges Act, R.S.C., 1985, c. J-1 [ss. 60(1) (as am. by S.C. 1992, c. 51, s. 26), 63(2) (as am. *idem*, s. 27)]

60. (1) The objects of the Council are to promote efficiency and uniformity, and to improve the quality of judicial service, in superior courts and in the Tax Court of Canada.

(2) In furtherance of its objects, the Council may

...

(c) make the inquiries and the investigation of complaints or allegations described in section 63; and

...

63. ...

(2) The Council may investigate any complaint or allegation made in respect of a judge of a superior court or of the Tax Court of Canada.

...

65. ...

(2) Where, in the opinion of the Council, the judge in respect of whom an inquiry or investigation has been made has become incapacitated or disabled from the due execution of the office of judge by reason of

(a) age or infirmity,

(b) having been guilty of misconduct,

(c) having failed in the due execution of that office, or

(d) having been placed, by his conduct or otherwise, in a position incompatible with the due execution of that office, the Council, in its report to the Minister under subsection (1), may recommend that the judge be removed from office. [Emphasis added.]

juge Whealy concluait sa lettre par les mots suivants: «Je regrette sincèrement d’avoir pu donner l’impression que je suis insensible aux droits des groupes minoritaires. Ce n’est pas le cas et cela n’a jamais été mon intention».

C. CADRE LÉGISLATIF

[39] Les dispositions de la *Loi sur les juges* établissant le Conseil canadien de la magistrature qui intéressent le présent appel sont les suivantes.

Loi sur les juges, L.R.C. (1985), ch. J-1 [art. 60(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 51, art. 26), 63(2) (mod., *idem*, art. 27)]

60. (1) Le Conseil a pour mission d’améliorer le fonctionnement des juridictions supérieures et de la Cour canadienne de l’impôt, ainsi que la qualité de leurs services judiciaires, et de favoriser l’uniformité dans l’administration de la justice devant ces tribunaux.

(2) Dans le cadre de sa mission, le Conseil a le pouvoir:

[. . .]

c) de procéder aux enquêtes visées à l’article 63;

[. . .]

63. [. . .]

(2) Le Conseil peut en outre enquêter sur toute plainte ou accusation relative à un juge d’une juridiction supérieure ou de la Cour canadienne de l’impôt.

[. . .]

65. [. . .]

(2) Le Conseil peut, dans son rapport, recommander la révocation s’il est d’avis que le juge en cause est inapte à remplir utilement ses fonctions pour l’un ou l’autre des motifs suivants:

a) âge ou invalidité;

b) manquement à l’honneur et à la dignité;

c) manquement aux devoirs de sa charge;

d) situation d’incompatibilité, qu’elle soit imputable au juge ou à toute autre cause. [Non souligné dans l’original.]

[40] Also relevant are the following provisions of the Council's By-laws, effective April 1, 1998, which the Council made under subsection 61(3) of the *Judges Act*.

Canadian Judicial Council By-laws

26. There shall be a standing committee of the Council on each of the following subjects:

(a) judicial conduct;

...

28.

(1) The members of the Executive Committee shall constitute the Judicial Conduct Committee.

(2) The Chairperson of the Council shall designate one of the Vice-Chairpersons of the Council to be the Chairperson of the Committee, who shall hold office at the pleasure of the Chairperson of the Council.

...

41.

(1) The Chairperson of the Judicial Conduct Committee shall carry out the duties set out in this Part with respect to complaints against judges.

(2) The Chairperson of the Committee may assign to a Vice-Chairperson of the Committee complaints for which the Vice-Chairperson shall be responsible.

...

47. The Chairperson of the Committee shall review the complaint and may inquire into the matter by requesting comments from the judge concerned and from his or her chief justice.

48. The Chairperson of the Committee may cause further inquiries to be made if more information is required for the review or if the matter is likely to be referred to a Panel under section 53 and more information appears to be necessary for the Panel to fulfil its function.

49. If further inquiries are caused to be made, the judge concerned shall be provided with an opportunity to respond to the gist of the allegations and of any evidence against him or her and the judge's response shall be included in the report of the further inquiries.

[40] Également utiles sont les dispositions suivantes du Règlement administratif du Conseil, qui a pris effet le 1^{er} avril 1998 et que le Conseil a établi en vertu du paragraphe 61(3) de la *Loi sur les juges*.

Règlement administratif du Conseil canadien de la magistrature

26. Le Conseil établit des comités permanents pour chacun des objets suivants:

a) la conduite des juges;

[...]

28.

(1) Le comité sur la conduite des juges est formé des membres du comité exécutif.

(2) Le président du Conseil désigne à titre amovible l'un des vice-présidents président du comité.

[...]

41.

(1) Le président du comité sur la conduite des juges exerce les fonctions visées par la présente partie à l'égard des plaintes portées contre les juges.

(2) Le président du comité peut déléguer ses responsabilités à l'égard de plaintes à un vice-président du comité.

[...]

47. Le président du comité examine la plainte et peut enquêter à cette fin en demandant des commentaires au juge en cause et à son juge en chef.

48. Le président du comité peut faire effectuer une enquête supplémentaire s'il a besoin d'autres renseignements pour procéder à l'examen ou si l'affaire est susceptible de renvoi devant un sous-comité visé à l'article 53 et qu'il semble que le sous-comité aura besoin d'autres renseignements pour s'acquitter de ses fonctions.

49. Lorsque l'enquête supplémentaire est effectuée, il est accordé au juge en cause la possibilité de répondre à l'essentiel de la plainte formulée contre lui et des éléments de preuve présentés à cet égard. Le cas échéant, la réponse est consignée dans le rapport d'enquête.

50.

(1) Subject to section 51, the Chairperson of the Committee, having reviewed the complaint and any report of inquiries, may close the file and shall advise the complainant with an appropriate reply in writing if

(a) the matter is trivial, vexatious or without substance; or

(b) the conduct of the judge is inappropriate or improper but the matter is not serious enough to warrant removal.

(2) If a judge recognizes that his or her conduct is inappropriate or improper, the Chairperson of the Committee who closes the file under paragraph (1)(b) may, when the circumstances so require, express disapproval of the judge's conduct.

...

53. The Chairperson of the Committee shall refer any file that is not closed under subsection 50(1) to a Panel designated under section 54, together with the report of further inquiries, if any, and any recommendation that the Chairperson may make.

...

55.

(1) The Panel shall review the matter and the report of the further inquiries, if any, and may cause further inquiries to be made. The Panel shall

(a) decide that no investigation under subsection 63(2) of the Act is warranted, close the file and advise the complainant and the judge concerned, with an appropriate reply in writing if

(i) the matter is trivial, vexatious or without substance, or

(ii) the conduct of the judge is inappropriate or improper but the matter is not serious enough to warrant removal; or

(b) recommend to the Council that an investigation under subsection 63(2) of the Act should be undertaken, and provide a report to the Council and to the judge concerned that specifies the grounds set out in subsection 65(2) of the Act that may be applicable.

(2) In closing the file under subparagraph (1)(a)(ii), the Panel may, when the circumstances so require, express disapproval of the judge's conduct. [Emphasis added.]

50.

(1) Sous réserve de l'article 51, après avoir examiné la plainte et tout rapport d'enquête, le président du comité peut, dans les cas suivants, fermer le dossier, auquel cas il en informe le plaignant par une réponse écrite appropriée:

a) l'affaire est frivole, vexatoire ou dénuée de fondement;

b) la conduite reprochée au juge est déplacée ou répréhensible, mais l'affaire n'est pas suffisamment grave pour justifier la révocation.

(2) Dans le cas où un juge reconnaît que sa conduite est déplacée ou répréhensible, le président du comité qui ferme le dossier en application de l'alinéa (1)b) peut, lorsque les circonstances le justifient, exprimer sa désapprobation quant à la conduite du juge.

[...]

53. Le président du comité transmet à un sous-comité créé conformément à l'article 54 les dossiers qui ne sont pas fermés aux termes du paragraphe 50(1) et, le cas échéant, le rapport d'enquête supplémentaire ainsi que ses propres recommandations.

[...]

55.

(1) Le sous-comité étudie l'affaire et, le cas échéant, le rapport d'enquête supplémentaire, et peut demander que d'autres enquêtes soient menées, puis:

a) soit, dans les cas suivants, décide qu'aucune enquête aux termes du paragraphe 63(2) de la Loi n'est nécessaire et ferme le dossier, auquel cas il en informe le plaignant et le juge par une réponse écrite appropriée:

(i) l'affaire est frivole, vexatoire ou dénuée de fondement,

(ii) la conduite reprochée au juge est déplacée ou répréhensible, mais l'affaire n'est pas suffisamment grave pour justifier la révocation;

b) soit recommande au Conseil qu'une enquête aux termes du paragraphe 63(2) de la Loi soit menée et fournit un rapport au Conseil et au juge en cause précisant quels motifs du paragraphe 65(2) de la Loi peuvent être applicables.

(2) Lorsque le sous-comité ferme un dossier en application du sous-alinéa (1)a)(ii), il peut, lorsque les circonstances le justifient, exprimer sa désapprobation quant à la conduite du juge. [Non souligné dans l'original.]

D. DECISION OF THE TRIAL DIVISION

[41] Blanchard J. first considered the standard of review applicable to the Council's decision not to refer Mr. Taylor's complaint for investigation by a panel pursuant to section 53 of the By-laws. After carefully conducting a pragmatic or functional analysis, he selected the most deferential standard of review, namely, patent unreasonableness. Further, he held, the Chairperson of the Judicial Conduct Committee did not act unreasonably when, on the material before him, he expressed disapproval of Justice Whealy's conduct, but did not refer the complaint for further investigation.

[42] Second, he dismissed the argument that the Chairperson's decision not to refer the complaint for further investigation was a breach of Mr. Taylor's Charter rights to freedom of religion and equality. Since the Council is not the employer of, nor exercises control over, federally appointed judges, Blanchard J. held the analogy with the liability of employers for human rights infringements committed by their employees (*Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84) was inapt.

[43] Third, relying on *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, Blanchard J. held that no duty of fairness is owed to a person who complains to the Council about a judge, because of the investigative nature of the Council's functions and the absence of any interest of the complainant that could be injured by the closing of the file. However, if, contrary to his opinion, the duty of fairness applied, Blanchard J. concluded that the Council had discharged it. Mr. Taylor had been afforded an adequate opportunity to participate by making written submissions through his counsel, which the Chairperson considered before making his decision not to refer the complaint for further investigation.

D. JUGEMENT DE LA SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE

[41] Le juge Blanchard s'est d'abord penché sur la norme de contrôle devant s'appliquer à la décision du Conseil de ne pas transmettre la plainte de M. Taylor à un sous-comité, pour enquête, comme le prévoit l'article 53 du Règlement administratif. Après avoir effectué avec soin une analyse pragmatique ou fonctionnelle, il a retenu la norme de contrôle la plus déférente, à savoir la norme de la décision manifestement déraisonnable. Il a aussi estimé que le président du comité sur la conduite des juges n'avait pas agi d'une manière déraisonnable lorsque, au vu des pièces dont il disposait, il avait exprimé sa désapprobation à l'égard de la conduite du juge Whealy, sans pour autant renvoyer la plainte pour complément d'enquête.

[42] Deuxièmement, il a rejeté l'argument selon lequel la décision du président du comité de ne pas renvoyer la plainte pour complément d'enquête équivalait à nier les droits fondamentaux de M. Taylor à la liberté de religion et à l'égalité. Puisque le Conseil n'est pas l'employeur des juges nommés par le pouvoir fédéral, ni n'exerce une quelconque autorité sur eux, le juge Blanchard a jugé peu approprié l'analogie avec la responsabilité qu'assument les employeurs pour les violations commises par leurs employés en matière de droits de la personne (*Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84).

[43] Troisièmement, s'appuyant sur l'arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, le juge Blanchard a estimé que celui qui dépose au Conseil une plainte contre un juge n'est créancier d'aucune obligation d'équité, et cela parce que les fonctions du Conseil sont des fonctions d'enquête et parce que le plaignant ne peut faire état d'aucun intérêt susceptible d'être préjudicié par la fermeture du dossier. Cependant, si, contrairement à ce qu'il pensait, il y avait obligation d'équité, alors le juge Blanchard a conclu que le Conseil s'en était acquitté. M. Taylor avait eu une occasion suffisante d'intervenir en présentant des conclusions écrites par l'entremise de son avocat, conclusions que le président du comité avait considérées avant de décider de ne pas renvoyer la plainte pour complément d'enquête.

[44] Fourth, the Chairperson's 1998 reconsideration of his 1995 decision to close the file did not give rise to a reasonable apprehension of bias. Given the non-adjudicative nature of the Council's functions, the applicable test of bias was whether a reasonable person would believe that the Chairperson would not maintain an open mind throughout the process: *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170. No reasonable and informed person who had viewed the matter realistically and thought it through, would conclude that it was more likely than not that the Chairperson had a closed mind on the complaint.

E. ISSUES AND ANALYSIS

[45] In his oral submissions, Mr. Rosenthal raised four issues for decision in this appeal.

1. What is the standard for reviewing the decision of the Chairperson of the Judicial Conduct Committee to close the complaint file in this case: unreasonableness *simpliciter* or patent unreasonableness?

2. Did the Chairperson's decision satisfy the applicable standard of review?

3. Is the Chairperson's closing of a complaint file reviewable for bias and, if it is, did the handling of the request for reconsideration of Mr. Taylor's complaint give rise to a reasonable apprehension that the Chairperson was biased?

4. In view of Justice Whealy's violation of Mr. Taylor's Charter rights and the Council's statutory power to recommend a judge's removal from office, did the closing of the complaint file constitute a breach of Mr. Taylor's Charter rights?

Issue 1: Standard of Review

[46] The Supreme Court of Canada recently held that patent unreasonableness was the appropriate standard for reviewing a provincial judicial council's recommendation that comments made by a judge about Acadians in New Brunswick were so egregious that, despite a full apology

[44] Quatrièmement, le réexamen par le président, en 1998, de sa décision de 1995 de classer l'affaire n'autorisait pas une crainte raisonnable de partialité. Puisque les fonctions du Conseil ne sont pas juridictionnelles, le critère applicable de partialité consistait à se demander si une personne raisonnable serait amenée à croire que le président n'allait pas conserver un esprit ouvert tout au long de la procédure: *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170. Aucune personne raisonnable et informée ne conclurait, après avoir observé le contexte d'une manière réaliste et l'avoir considéré dans tous ses détails, qu'il était probable que le président avait des préventions contre la plainte.

E. POINTS EN LITIGE ET ANALYSE

[45] Durant sa plaidoirie, M. Rosenthal a soulevé quatre points à décider dans le présent appel.

1. Quelle est la norme de contrôle applicable à la décision du président du comité sur la conduite des juges de fermer le dossier de la plainte dans cette affaire: la norme de la décision raisonnable *simpliciter* ou la norme de la décision manifestement déraisonnable?

2. La décision du président répondait-elle à la norme de contrôle qui était applicable?

3. La décision du président de fermer le dossier de la plainte est-elle sujette à révision pour cause de partialité et, dans l'affirmative, le traitement de la demande de réexamen de la plainte de M. Taylor permettait-il raisonnablement de douter de l'impartialité du président?

4. Puisque le juge Whealy a nié les droits fondamentaux de M. Taylor et puisque le Conseil a le pouvoir de recommander la destitution d'un juge, y a-t-il eu négation des droits fondamentaux de M. Taylor parce que l'affaire a été classée?

Point n° 1: Norme de contrôle

[46] La Cour suprême du Canada a récemment jugé que la norme de la décision manifestement déraisonnable est la norme à appliquer dans l'examen de la recommandation d'un conseil provincial de la magistrature pour qui les remarques formulées par un

by the judge on the next day, she should be removed from office: *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249. In my opinion, *Moreau-Bérubé* is applicable to the instant case.

[47] Mr. Rosenthal submitted that *Moreau-Bérubé* is distinguishable, on the ground that the decision to close the complaint file on Justice Whealy was taken by one member of the Council, the Chairperson of the Judicial Conduct Committee, and not, as in *Moreau-Bérubé*, by the Council in plenary session.

[48] In support of this argument, counsel relied on passages in the reasons of Arbour J., writing for the Court in *Moreau-Bérubé*, that refer to the collegial nature of the Council's decision as a reason why its decisions should be reviewed only for patent unreasonableness. For example, Arbour J. said (at paragraph 49):

It is fair to say that the Council, in this case, is a tribunal with a rich and wide-ranging collection of judicial expertise. The Council is eminently qualified to render a collegial decision regarding the conduct of a judge, including where issues of apprehension of bias and judicial independence are involved. There is no basis upon which one could claim that a single judge sitting in judicial review of a decision of the Council would enjoy a legal or judicial advantage [Emphasis added.]

[49] Arbour J. also noted (at paragraph 50) that, under the enabling legislation of the New Brunswick Judicial Council, seven of its 10 members are judges: the Chief Justice of the province, a judge of the New Brunswick Court of Appeal, three judges from the Court of Queen's Bench and two provincial court judges. Arbour J. returned to the same theme in stating (at paragraph 72):

The expertise to decide that difficult issue [namely, whether the judge's comments gave rise to such a degree of apprehension of bias that she should not remain on the bench] rests in the Council, a large collegial body composed primarily of judges of all levels of jurisdiction in the province, but also of non-judges

judge à propos des Acadiens du Nouveau-Brunswick avaient été si énormes que, malgré des excuses complètes faites le lendemain par le juge, celle-ci devait être destituée de ses fonctions: *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249. À mon avis, l'arrêt *Moreau-Bérubé* est applicable ici.

[47] M. Rosenthal a fait valoir que l'arrêt *Moreau-Bérubé* n'est pas applicable ici parce que la décision de classer la plainte déposée contre le juge Whealy a été prise par un seul membre du Conseil, c'est-à-dire le président du comité sur la conduite des juges, et non par le Conseil en séance plénière, comme dans l'affaire *Moreau-Bérubé*.

[48] Au soutien de cet argument, M. Rosenthal s'est fondé sur quelques extraits des motifs du juge Arbour, qui s'était exprimée pour la Cour dans l'affaire *Moreau-Bérubé*, extraits qui donnent à entendre que la nature collégiale de la décision du Conseil explique pourquoi ses décisions ne devraient être réformées qu'en application du critère de la décision manifestement déraisonnable. Par exemple, le juge Arbour s'exprime ainsi, au paragraphe 49:

Il n'est pas exagéré de dire qu'en l'espèce, le Conseil est un tribunal disposant d'un éventail riche et large de connaissances judiciaires. Le Conseil est éminemment qualifié pour rendre une décision collégiale au sujet de la conduite d'un juge, notamment dans les cas où des questions de crainte de partialité et d'indépendance judiciaire se posent. Rien ne permet de prétendre qu'un juge siégeant seul en révision judiciaire d'une décision du Conseil jouirait d'un avantage sur le plan juridique ou judiciaire. [Non souligné dans l'original.]

[49] Le juge Arbour faisait aussi observer (au paragraphe 50) que, d'après la loi organique du Conseil de la magistrature du Nouveau-Brunswick, sept de ses 10 membres sont des juges: le juge en chef de la province, un juge de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, trois juges de la Cour du banc de la reine et deux juges de la Cour provinciale. Le juge Arbour est revenue sur le même thème, en affirmant, au paragraphe 72:

C'est le Conseil qui possède l'expertise nécessaire pour trancher cette question difficile, lui qui constitue un large organisme collégial formé principalement de juges de toutes les instances de la province, mais également de non-juges dont la participation à la formulation de la

whose input is important in formulating that judgment. [Emphasis added.]

[50] I am not persuaded that Blanchard J. erred in his selection of the standard of review, or that *Moreau-Bérubé* is distinguishable on the ground that, under the Canadian Judicial Council's By-laws, the Chairperson of the Judicial Conduct Committee alone decides whether a complaint should proceed to the panel investigation stage of the complaints process.

[51] First, the size of a tribunal has not been a factor in the pragmatic or functional analysis for determining the standard of review. I do not infer from the passages of Arbour J.'s reasons that she intended to add another discrete consideration to an analysis that can hardly be said to be insufficiently attentive to context.

[52] Second, the pragmatic or functional analysis is multi-factored and, even if Arbour J. attached some weight to the size of the Council, and the collegial nature of its decision, she regarded other factors as being of at least equal importance in her selection of the most deferential standard of review. For example, the questions in dispute in the litigation were of mixed fact and law, not of law alone (at paragraph 41), and judicial councils perform a unique and sensitive role in ensuring the public accountability of judges and in maintaining public confidence in the judiciary, without, at the same time, compromising judicial independence (at paragraph 43 and following). These factors are also present in the instant case.

[53] Third, the Canadian Judicial Council's Judicial Conduct Committee is chaired by a senior judge who brings to the position his or her own experience of handling judicial conduct issues as chief justice. The Chairperson of the Committee not only acquires an expertise while acting in this capacity, but also has the benefit of the insights that she or he has obtained as a senior member of Council, as a result of dealing with, talking with colleagues about and reflecting upon, a wide range of sensitive and important issues concerning judicial conduct and the proper role of the Council.

décision est importante [Non souligné dans l'original.]

[50] Je ne suis pas persuadé que le juge Blanchard a erré dans le choix de la norme de contrôle à appliquer, ni que l'arrêt *Moreau-Bérubé* doive être ici écarté au motif que, de par le Règlement administratif du Conseil canadien de la magistrature, le président du comité sur la conduite des juges a décidé seul si la plainte devait passer à l'étape suivante, c'est-à-dire le renvoi à un sous-comité pour complément d'enquête.

[51] D'abord, la taille d'un tribunal n'est pas un facteur dans l'analyse pragmatique ou fonctionnelle qui sert à déterminer la norme de contrôle. Je ne déduis pas des extraits cités des motifs du juge Arbour qu'elle entendait ajouter un autre critère particulier à une analyse dont il serait difficile de dire qu'elle ne tient pas suffisamment compte du contexte.

[52] Deuxièmement, l'analyse pragmatique ou fonctionnelle est fondée sur plusieurs facteurs et, même si le juge Arbour a accordé un certain poids à la taille du Conseil, ainsi qu'à la nature collégiale de sa décision, elle a considéré, dans le choix de la norme de contrôle la plus déférente, que d'autres facteurs étaient tout aussi importants. Par exemple, les points en litige dans le procès étaient des questions mixtes de droit et de fait, non des questions de droit seulement (au paragraphe 41), et les conseils de la magistrature exercent un rôle délicat et sans parallèle qui consiste à garantir la responsabilité publique des juges et à préserver la confiance du public dans la justice, sans simultanément mettre en péril l'indépendance de la justice (au paragraphe 43 et suivants). Ces facteurs sont également présents ici.

[53] Troisièmement, le comité sur la conduite des juges du Conseil canadien de la magistrature est présidé par un juge confirmé qui apporte à l'accomplissement de sa charge son expérience des questions touchant la conduite des juges, une expérience acquise lorsqu'il était juge en chef. Le président du comité acquiert des connaissances spécialisées lorsqu'il agit en cette qualité, mais il a aussi l'avantage, en tant que membre principal du Conseil, d'une connaissance intime de la question, connaissance qu'il a développée au gré de ses échanges et de ses réflexions multiples sur une vaste gamme de

[54] The By-laws of the Council respecting the selection of the Chairperson of the Judicial Conduct Committee reflect the special responsibilities of this office and the expertise of the person holding it. While members of standing committees of the Canadian Judicial Council typically select their own Chairperson from among themselves (section 27), the members of the Executive Committee of the Council, who comprise the Judicial Conduct Committee (subsection 28(1)), do not select the Chairperson. The Chairperson of the Judicial Conduct Committee is designated by the Chairperson of the Canadian Judicial Council from one of the Vice-Chairpersons of the Council (subsection 28(2)), who need not necessarily be a member of the Executive Committee (subsection 3(2)).

[55] Finally, I should note that, when Arbour J. in *Moreau-Bérubé* contrasted the experience of the collegial provincial council with that of a single judge, she was referring to a single judge hearing an application for judicial review. She did not have in mind a person of the experience of the Vice-Chairperson of the Canadian Judicial Council who has been asked by the Chairperson of the Council, the Chief Justice of Canada, to chair the Judicial Conduct Committee.

Issue 2: Was the Decision Patently Unreasonable?

[56] Counsel argued that, in view of the material before Chief Justice McEachern, his decision not to refer Mr. Taylor's complaint for further investigation was patently unreasonable. Mr. Rosenthal submitted that a file may not be closed by the Chairperson of the Judicial Conduct Committee when a complainant establishes a *prima facie* case that the conduct in question warrants the removal of a judge. Here, he says, Justice Whealy's conduct during Mr. Laws' trial, and his continuing inability to understand the grievous nature of his errors, as evidenced by his correspondence with the Council, are *prima facie* evidence that he may be recommended for removal by the Council pursuant to the *Judges Act*, paragraph 65(2)(d), on the ground that he has "been placed, by his conduct . . . in a position incompatible with the execution of that office."

sujets sensibles et importants qui touchent la conduite des juges et le rôle proprement dit du Conseil.

[54] Le Règlement administratif du Conseil en ce qui a trait au choix du président du comité sur la conduite des juges rend compte des responsabilités spéciales de cette charge et des connaissances spécialisées de son titulaire. Les membres des comités permanents du Conseil canadien de la magistrature choisissent en général leur président respectif en leur sein (article 27), mais les membres du comité exécutif du Conseil, qui forment le comité sur la conduite des juges (paragraphe 28(1)), ne choisissent pas leur président. Le président du comité sur la conduite des juges est désigné par le président du Conseil canadien de la magistrature parmi les vice-présidents du Conseil (paragraphe 28(2)), et il n'est pas nécessaire qu'ils soient membres du comité exécutif (paragraphe 3(2)).

[55] Finalement, je ferais observer que, lorsque le juge Arbour a mis en contraste, dans l'arrêt *Moreau-Bérubé*, l'expérience du conseil provincial dans sa collégialité et l'expérience d'un juge unique, elle avait à l'esprit un juge unique instruisant une demande de contrôle judiciaire. Elle ne songeait pas à une personne ayant l'expérience du vice-président du Conseil canadien de la magistrature à qui le président du Conseil, le juge en chef du Canada, a demandé de présider le comité sur la conduite des juges.

Point n° 2: La décision était-elle manifestement déraisonnable?

[56] Selon M. Rosenthal, compte tenu des documents dont disposait le juge en chef McEachern, sa décision de ne pas soumettre la plainte de M. Taylor à un complément d'enquête était manifestement déraisonnable. M. Rosenthal a fait valoir qu'une affaire ne peut pas être classée par le président du comité sur la conduite des juges lorsque le plaignant produit un commencement de preuve qui montre que la conduite en question justifie la destitution du juge. Ici, dit-il, la conduite du juge Whealy durant le procès de M. Laws, ainsi que son incapacité constante à comprendre le caractère préjudiciable de ses erreurs, ainsi que l'atteste sa correspondance avec le Conseil, constituent des commencements de preuve susceptibles d'amener le Conseil à recommander sa destitution, en application de l'alinéa 65(2)d) de la *Loi sur les juges*, au motif qu'il

[57] I cannot accept this argument. First, the standard of patent unreasonableness requires a very high degree of deference to the decision maker: a reviewing court must neither substitute its opinion for that of the administrative decision maker on the matter in dispute, nor even subject the reasons given for the decision to “a somewhat probing examination” (*Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at paragraph 56). Rather, a decision reviewable for patent unreasonableness will only be vitiated by an error that is “apparent on the face of the tribunal’s reasons” without the need for “significant searching or testing” (*Southam Inc.*, at paragraph 57), or is so serious as to amount to “a fraud on the law or a deliberate refusal to comply with it” and “is treated as an act which is done arbitrarily or in bad faith and is contrary to the principles of natural justice” (*Syndicat des employés de production du Québec et de l’Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412, at page 420).

[58] Second, it is not alleged in this case that the Chairperson of the Judicial Conduct Committee misdirected himself on the legal test to be applied when considering the disposition of a complaint, or based his decision on a finding of fact that was unsupported by the evidence. Rather, the allegation is that the legal test for referring a complaint to further investigation was applied to the facts in a manner that was patently unreasonable. At this stage I need only say that this is a particularly difficult ground of review to establish since it impugns the exercise of judgment in a specific factual context. Decisions of this kind by tribunals are at the heart of their specialist jurisdiction.

[59] Third, I do not accept the premise of Mr. Rosenthal’s argument, namely, that the legal test to be applied by the Chairperson of the Judicial Conduct Committee in deciding whether to close a file is whether there is a *prima facie* case for the removal of a judge who

s’est placé dans une «situation d’incompatibilité, qu’elle soit imputable au juge ou à toute autre cause».

[57] Je ne puis accepter cet argument. D’abord, la norme de la décision manifestement déraisonnable requiert un niveau très élevé de retenue à l’endroit du décideur: la juridiction de contrôle ne doit pas, dans l’affaire en litige, substituer son opinion à celle de l’organisme administratif, ni même soumettre à «un examen assez poussé» les motifs donnés par l’organisme administratif à l’appui de sa décision (*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, au paragraphe 56). Une décision sujette à révision selon le critère de la décision manifestement déraisonnable ne sera au contraire entachée d’une erreur que si cette erreur est «manifeste au vu des motifs du tribunal», sans qu’il faille procéder «à un examen ou à une analyse en profondeur» (*Southam Inc.*, au paragraphe 57), ou si elle est grave au point d’équivaloir à «une fraude à la loi ou à un refus délibéré d’y obéir» et «est assimilée à un acte arbitraire ou posé de mauvaise foi et contraire aux principes de la justice naturelle» (*Syndicat des employés de production du Québec et de l’Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412, à la page 420).

[58] Deuxièmement, on ne prétend pas ici que le président du comité sur la conduite des juges s’est mépris sur le critère juridique à appliquer lorsqu’il doit disposer d’une plainte, ni qu’il a fondé sa décision sur une conclusion de fait qui n’était pas autorisée par la preuve. On affirme plutôt que le critère juridique du renvoi d’une plainte pour complément d’enquête a été appliqué aux faits d’une manière qui était manifestement déraisonnable. À ce stade, je me limiterai à dire qu’il s’agit là d’un grief de contrôle particulièrement difficile à établir puisqu’il met en cause la faculté de discernement dans un ensemble particulier de faits. Les décisions de ce genre rendues par les tribunaux administratifs tiennent précisément à leur compétence spécialisée.

[59] Troisièmement, je n’accepte pas le postulat de l’argument de M. Rosenthal, c’est-à-dire l’affirmation selon laquelle le critère juridique que doit appliquer le président du comité sur la conduite des juges lorsqu’il envisage de classer une affaire consiste à se demander

has been the subject of a complaint.

[60] The *Judges Act* says only that the Council may investigate a complaint made in respect of a judge of a superior court or of the Tax Court of Canada: subsection 63(2). It does not specify the criteria governing the exercise of that discretion. However, paragraph 50(1)(b) of the Council's By-laws deals directly with the role of the Chairperson of the Judicial Conduct Committee by providing that, after reviewing the complaint, the Chairperson may close the file if she or he considers that the matter is not sufficiently serious as to warrant removal. I infer from this that the Chairperson must form a view as to whether removal is warranted, and not simply whether there is a *prima facie* case for removal.

[61] Paragraph 50(1)(b) also provides that, if the Chairperson is not of the view that the conduct is serious enough to warrant removal but, nonetheless, considers that the conduct of the judge was "inappropriate or improper", she or he may "express disapproval of the judge's conduct", if the judge recognizes the impropriety or inappropriateness of the conduct. This, of course, is what happened in this case.

[62] Accordingly, the question to be decided in this appeal is whether it was patently unreasonable for Chief Justice McEachern to decide that Justice Whealy's conduct was not serious enough to warrant removal from the Bench, and accordingly not to refer the matter to a Panel for investigation with a view to the Council's recommending his removal pursuant to paragraph 65(2)(d) of the *Judges Act*, but serious enough to be the subject of an expression of disapproval.

[63] The precise nature of the question that the Chairperson had to ask when reviewing the complaint was further elucidated in *Moreau-Bérubé* (at paragraph 51), where Arbour J. adopted a statement by Gonthier J. in *Therrien (Re)*, [2001] 2 S.C.R. 3, at paragraph 147, referring to pages 80-81 in Martin L. Friedland, *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada* (Ottawa: Canadian Judicial Council, 1995). In the passage in question, Professor Friedland explained as

s'il existe un commencement de preuve justifiant la révocation d'un juge qui a fait l'objet d'une plainte.

[60] La *Loi sur les juges* dit seulement que le Conseil peut enquêter sur une plainte relative à un juge d'une juridiction supérieure ou de la Cour canadienne de l'impôt: paragraphe 63(2). Elle ne précise pas les critères régissant l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Cependant, l'alinéa 50(1)b) du Règlement administratif du Conseil porte directement sur le rôle du président du comité sur la conduite des juges lorsqu'il prévoit que, après examen de la plainte, le président peut classer l'affaire s'il juge qu'elle n'est pas suffisamment grave pour justifier la révocation. J'en déduis que le président doit se demander si la révocation est justifiée, et pas simplement s'il existe un commencement de preuve autorisant une révocation.

[61] L'alinéa 50(1)b) prévoit aussi que, si le président n'est pas d'avis que la conduite est assez grave pour justifier une révocation, mais qu'il estime néanmoins que la conduite du juge était «déplacée ou répréhensible», il peut «exprimer sa désapprobation quant à la conduite du juge», si le juge reconnaît le caractère déplacé ou répréhensible de sa conduite. C'est bien sûr ce qui s'est produit dans la présente affaire.

[62] Par conséquent, le point à décider dans le présent appel est celui de savoir s'il était manifestement déraisonnable pour le juge en chef McEachern de dire que la conduite du juge Whealy n'était pas assez grave pour justifier sa révocation, et donc de ne pas renvoyer l'affaire à un sous-comité pour enquête, pour qu'éventuellement le Conseil recommande la révocation conformément à l'alinéa 65(2)d) de la *Loi sur les juges*, mais qu'elle était assez grave pour qu'il exprime sa désapprobation.

[63] La nature précise de la question que le président devait se poser lorsqu'il a examiné la plainte a été expliquée davantage dans l'arrêt *Moreau-Bérubé* (au paragraphe 51), où le juge Arbour a fait siens les propos du juge Gonthier dans l'arrêt *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3, au paragraphe 147, où le juge Gonthier se réfère aux pages 80 et 81 de l'ouvrage de Martin L. Friedland, *Une place à part: l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada* (Ottawa:

follows the test prescribed in paragraph 65(2)(d):

. . . before making a recommendation that a judge be removed, the question to be asked is whether the conduct for which he or she is blamed is so manifestly and totally contrary to the impartiality . . . of the judiciary that the confidence of individuals appearing before the judge, or of the public in its justice system, would be undermined, rendering the judge incapable of performing the duties of his office.

[64] Fourth, the manifest impartiality of the judiciary is one of the pillars on which public confidence in the administration of justice rests. In a multicultural society, impartiality in judges includes their ability to take proper account of ethnic, racial and religious diversity in order to ensure that justice is administered to all equally without discrimination, and to appear to reasonable observers to be fair to all who come before them: see *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at paragraph 95. Protecting the manifest impartiality of judges also requires the assiduous protection of their independence.

[65] At the heart of judicial independence is the freedom of judges to administer justice to the best of their ability, without fear or favour, and in accordance with the evidence and with what they believe is required or permitted by law. Hence, the appeal process is normally the appropriate way of correcting errors committed by judges in the performance of their judicial duties. The Court of Appeal for Ontario performed this function in *Laws* when it corrected Justice Whealy's erroneous ruling on the wearing of religious head coverings in court.

[66] Identifying unusual cases where a right of appeal is inadequate to repair the harm inflicted on the administration of justice by a judge's in-court conduct is the province of judicial councils and is a task of the utmost delicacy: *Moreau-Bérubé*, at paragraph 60. It would take a significantly stronger case than this to persuade me that the Chairperson of the Judicial Conduct Committee had struck such an inappropriate balance between the need for judicial accountability outside the appeal process and judicial independence that the

Conseil canadien de la magistrature, 1995). Dans l'extrait en question, le professeur Friedland expliquait ainsi le critère fixé par l'alinéa 65(2)d):

[. . .] avant de formuler une recommandation de destitution à l'endroit d'un juge, on doit se demander si la conduite qui lui est reprochée porte si manifestement et si totalement atteinte à l'impartialité [. . .] de la magistrature qu'elle ébranle la confiance du justiciable ou du public en son système de justice et rend le juge incapable de s'acquitter des fonctions de sa charge.

[64] Quatrièmement, l'impartialité manifeste de la magistrature est l'un des piliers sur lesquels repose la confiance du public dans l'administration de la justice. Dans une société multiculturelle, l'impartialité des juges consiste notamment dans leur aptitude à prendre en compte la diversité ethnique, raciale et religieuse afin que la justice soit rendue de la même façon pour tous, sans discrimination, et dans leur aptitude à sembler, pour des observateurs raisonnables, être justes envers tous ceux qui se présentent devant eux: voir *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, au paragraphe 95. La protection de l'impartialité manifeste des juges requiert aussi la protection assidue de leur indépendance.

[65] Au cœur de l'indépendance de la justice réside la liberté des juges de rendre la justice du mieux qu'ils peuvent, sans rien craindre ni espérer, et en conformité avec la preuve et avec ce qui, selon eux, est requis ou autorisé par la loi. Partant, la procédure d'appel est en principe la voie appropriée pour amender les erreurs commises par les juges dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires. La Cour d'appel de l'Ontario a exercé cette fonction dans l'arrêt *Laws*, lorsqu'elle a amendé la décision erronée du juge Whealy sur le port de coiffures de nature religieuse dans les salles d'audience.

[66] C'est aux conseils de la magistrature qu'il appartient de repérer les cas inusités où un droit d'appel ne suffit pas à réparer le préjudice infligé à l'administration de la justice par la conduite d'un juge dans une salle d'audience, et c'est une tâche d'une extrême délicatesse: arrêt *Moreau-Bérubé*, au paragraphe 60. Il faudrait un cas nettement plus convaincant que celui-ci pour me persuader que le président du comité sur la conduite des juges s'est éloigné du juste milieu entre d'une part la nécessité de

decision to close a complaint file with an expression of disapproval warranted the intervention of the Court in judicial review proceedings.

[67] Fifth, in deciding whether Mr. Taylor's complaint warranted the removal of Justice Whealy from office, the Chairperson was entitled to take into account the Judge's admission that his ruling was incorrect, his expression of regret if his conduct had created the erroneous impression that he harboured prejudices against any minority groups in our society, and his denial that he was biased against them. It was on the basis of this correspondence that Chief Justice McEachern was able to express disapproval of the Judge's conduct.

[68] However, I would also agree with Mr. Rosenthal that the Judge's statements are far from the fulsome apology that might be thought to have been called for in the circumstances. The somewhat grudging tone of his remarks is hard to miss. Nonetheless, while Justice Whealy continued to insist that the public interest in the trial, the passions that it aroused, and the presence in the courtroom of supporters of Mr. Laws, posed a threat to the orderliness of the proceedings (a matter on which this Court is in no position to comment) in order to explain his conduct, he did not seek to defend the propriety of his ruling on the wearing of head coverings, or to castigate his critics.

[69] I do not agree with Mr. Rosenthal's suggestion that the decision to close the file with an expression of disapproval was erroneous because Justice Whealy never recognized the impropriety or inappropriateness of his conduct. The provision permitting the Chairperson to express disapproval of a judge's conduct when the judge has recognized that it was improper or inappropriate is intended to protect the judge from the adverse consequences of an erroneous negative decision. Hence, only a judge, and not a complainant such as Mr. Taylor, can impugn a Chairperson's decision to close a file with an expression of disapproval, on the ground that the judge had not recognized that his or her conduct was

rendre les juges comptables de leur conduite en dehors du processus d'appel et d'autre part l'indépendance de la justice, à tel point que la décision de fermer le dossier d'une plainte par l'expression d'une désapprobation justifiait l'intervention de la Cour dans une procédure de contrôle judiciaire.

[67] Cinquièmement, en se demandant si la plainte de M. Taylor justifiait la révocation du juge Whealy, le président était fondé à prendre en compte l'admission du juge selon laquelle sa décision était déplacée, les regrets qu'il avait exprimés pour le cas où sa conduite avait pu produire l'impression qu'il avait des préventions contre les groupes minoritaires de notre société, et la dénégation de tout préjugé de sa part envers eux. C'est sur la base de cette correspondance que le juge en chef McEachern s'était cru autorisé à désapprouver la conduite du juge.

[68] Cependant, je reconnais aussi avec M. Rosenthal que les déclarations du juge sont loin de correspondre aux excuses pleines et entières auxquelles on aurait sans doute été en droit de s'attendre ici. Il est difficile de ne pas remarquer qu'elles sont un peu faites à contrecœur. Néanmoins, bien que le juge Whealy ait martelé, pour expliquer sa conduite, que l'intérêt public dans le procès, les passions qu'il avait suscitées et la présence, dans la salle d'audience, de partisans de M. Laws, constituaient une menace pour le bon ordre de la procédure (un aspect que la Cour fédérale n'est pas en mesure d'apprécier), il n'a pas cherché à défendre l'à-propos de sa décision relative au port de coiffures, ni à contredire ses détracteurs.

[69] Je ne souscris pas à l'idée de M. Rosenthal selon laquelle la décision de classer l'affaire en y joignant une expression de désapprobation était erronée parce que le juge Whealy n'a jamais reconnu le caractère déplacé ou répréhensible de sa conduite. La disposition permettant au président d'exprimer sa désapprobation à l'égard de la conduite d'un juge lorsque le juge a reconnu que cette conduite était déplacée ou répréhensible vise à protéger le juge des conséquences fâcheuses d'une décision négative erronée. Partant, seul un juge, et non un plaignant tel que M. Taylor, peut contester la décision du président de classer une affaire, en exprimant sa désapprobation parce que le juge n'avait pas reconnu

inappropriate or improper within the meaning of subsection 50(2) of the Council's By-laws.

Issue 3: Bias

[70] Mr. Rosenthal argued that Chief Justice McEachern's handling of Mr. Taylor's complaint gave rise to a reasonable apprehension that he was biased. Counsel submitted that the Chairperson of the Judicial Conduct Committee did not approach the determination of whether the complaint should be referred for further investigation by a Panel with a mind that would appear to the reasonable observer to have been impartial.

(i) applicability of the rule against bias

[71] In both their written submissions and in oral argument counsel for the Attorney General took the position that the Chairperson of the Judicial Conduct Committee owed no duty to a complainant to observe procedural fairness in the course of determining whether to close a file. Hence, a complainant could not apply for judicial review on the ground of bias, no matter how egregious.

[72] Counsel argued that complainants have no legal right to an impartial disposition of the complaint because the complaints process is not adjudicative and does not affect the rights or interests of complainants. In addition, the power of the Chairperson to close a file is exercisable at the preliminary stage of the Council's process, which can only culminate in a recommendation that a judge should be removed or the dismissal of a complaint, not a determination of legal rights. Nonetheless, counsel stated, the Chairperson of the Judicial Conduct Committee is bound to afford procedural fairness to a judge against whom a complaint is made and, accordingly, is under a duty to avoid conduct that gives rise to a reasonable apprehension of bias against the judge.

[73] I should note that, although she had not addressed this issue in her written materials, in her oral submissions Ms. Brooks, counsel for the Canadian Judicial Council, an intervener in the appeal, disassociated herself from this asymmetrical view of the applicability of the duty of

que sa conduite était déplacée ou répréhensible au sens du paragraphe 50(2) du Règlement administratif du Conseil.

Point n° 3: Partialité

[70] M. Rosenthal a fait valoir que la manière dont le juge en chef McEachern avait traité la plainte de M. Taylor donnait raisonnablement lieu de craindre qu'il était partial. Selon lui, le président du comité sur la conduite des juges n'a pas abordé avec un esprit qu'un observateur raisonnable aurait qualifié d'impartial le point de savoir si la plainte devait être renvoyée à un sous-comité pour complément d'enquête.

(i) applicabilité du principe de l'impartialité

[71] Dans leurs conclusions écrites comme dans leurs plaidoiries, les avocats du procureur général ont exprimé l'avis que le président du comité sur la conduite des juges n'a pas envers un plaignant l'obligation d'observer l'équité procédurale lorsqu'il décide de classer une affaire. Partant, un plaignant ne peut demander un contrôle judiciaire pour cause de partialité, si manifeste soit-elle.

[72] Les avocats ont fait valoir qu'un plaignant n'a pas un droit garanti au traitement impartial de sa plainte parce que le processus de dépôt des plaintes n'est pas un processus juridictionnel et qu'il ne modifie pas les droits ou les intérêts du plaignant. De plus, le pouvoir du président de classer une affaire peut être exercé au premier stade de la procédure du Conseil, une procédure dont le seul aboutissement possible est une recommandation de révocation ou le rejet de la plainte, non la détermination de droits formels. Néanmoins, d'affirmer les avocats, le président du comité sur la conduite des juges doit assurer l'équité procédurale à un juge qui est l'objet d'une plainte et, par conséquent, il a l'obligation d'éviter toute conduite pouvant susciter une crainte raisonnable de partialité à l'endroit du juge.

[73] Je ferais observer que, bien qu'elle n'ait pas abordé ce point dans ses actes de procédure, M^{me} Brooks, l'avocate du Conseil canadien de la magistrature, l'intervenant dans l'appel, s'est dissociée, dans sa plaidoirie, de cette vue asymétrique de

impartiality. She stated that both complainants and judges are entitled to expect the Chairperson to decide without bias whether or not to close a file. However, this concession, made on behalf of an intervener, neither binds the respondent Attorney General, nor relieves me of the task of deciding whether a complainant has a right to procedural fairness before the Chairperson closes a complaint file.

[74] The basic test for determining whether the exercise of a particular power is subject to the duty of fairness is contained in the reasons of Le Dain J. in *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at page 653, where, in delivering the judgment of the Court, he said that the duty applies whenever administrative action “affects the rights, privileges or interests of an individual”. The Supreme Court of Canada added some precision to this open-ended test in *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653. However, as I understand *Knight*, the Court did not retreat from the flexibility and breadth of the *Cardinal* test, where, as here, the administrative action impugned is not essentially of a broad policy or legislative nature.

[75] Counsel for the Attorney General advanced two principal reasons why the Chairperson of the Judicial Conduct Committee owes no duty of fairness to a complainant when exercising the power to close a file. First, and most important, a complainant has no interest that is affected by the exercise of this power. A complainant to the Canadian Judicial Council is not seeking to vindicate any right or personal interest. Mr. Taylor’s concern was that the Council thoroughly investigate Justice Whealy’s conduct in order to reassure the public, and members of religious and racial minorities in particular, either that the Judge had not compromised his ability to judge impartially, or to recommend his removal in order to protect litigants and witnesses from having to appear before a judge whose conduct is incompatible with the high standard of impartiality that the public rightly demands of judges.

l’applicabilité du devoir d’impartialité. Selon elle, les plaignants tout comme les juges sont fondés à espérer que le président du comité décidera avec impartialité s’il convient ou non de classer une affaire. Cependant, cette concession, faite au nom d’un intervenant, ne lie pas le procureur général défendeur, ni ne me dispense de la tâche consistant à dire si un plaignant a droit à l’équité procédurale avant que le président du comité décide de fermer le dossier d’une plainte.

[74] Le critère fondamental à appliquer pour savoir si l’exercice d’un pouvoir particulier est subordonné au devoir d’équité est exposé dans les motifs du juge Le Dain, dans l’arrêt *Cardinal et autre c. Directeur de l’établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, à la page 653, où, rédigeant l’arrêt de la Cour, il expliquait que ce devoir intervient chaque fois qu’une mesure administrative «touche [. . .] les droits, privilèges ou biens d’une personne». La Cour suprême du Canada a précisé davantage ce critère flexible dans l’arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653. Cependant, selon ma compréhension de l’arrêt *Knight*, la Cour n’a réduit en rien la flexibilité et l’étendue du critère exposé dans l’arrêt *Cardinal*, lorsque, comme c’est le cas ici, la mesure administrative contestée n’est pas essentiellement de nature politique ou législative.

[75] Les avocats du procureur général ont avancé deux raisons principales pour lesquelles le président du comité sur la conduite des juges n’a aucune obligation d’équité envers un plaignant lorsqu’il décide de classer une affaire. La première raison, et la plus importante, c’est qu’un plaignant ne peut faire état d’aucun intérêt qui soit préjudicié par une telle décision. Celui qui dépose une plainte auprès du Conseil canadien de la magistrature ne cherche pas à faire valoir un droit ou un intérêt personnel. Ce que voulait M. Taylor, c’était que le Conseil examine minutieusement la conduite du juge Whealy, soit pour assurer le public, et en particulier les membres des minorités religieuses et raciales, que son aptitude à juger en toute impartialité n’était pas menacée, soit pour recommander sa destitution afin que les justiciables et les témoins soient dispensés de comparaître devant un juge dont la conduite est incompatible avec le niveau élevé d’impartialité que, à juste titre, le public exige des juges.

[76] Moreover, the argument goes, when considering a complaint against a judge, the Council is not deciding a dispute between a complainant and a judge, or determining whether to grant or deny relief to the complainant. Rather, its function is to decide whether a judge's misconduct is so serious as to merit removal from office. At the preliminary stage of the Council's process, with which this case is concerned, the duty of the Chairperson of the Judicial Conduct Committee is to determine whether a judge's conduct is serious enough to warrant either an expression of disapproval, or further investigation with a view to a recommendation by the Council of removal. The filing of a complaint simply draws to the attention of the Council a possible instance of judicial misconduct, which the Council is obliged to dispose of in one of the statutorily prescribed ways.

[77] On the basis of existing case law, this argument is not without merit. Canadian administrative law has not so far committed itself to the proposition that the public interest in accurate administrative decision making is in itself sufficient to engage the duty of fairness. Thus, even though the duty of fairness performs, among other things, the instrumental function of enhancing the substantive quality of administrative action, the duty does not apply where an individual is not adversely affected by the impugned decision. Despite the elasticity of the concepts of "affect" and "interest" in the *Cardinal* test, they have not been abandoned as necessary triggers for the duty of fairness.

[78] Nonetheless, in my opinion, this is an exceptional case. While the closing of a file may not adversely affect a personal interest of the complainant, more is at stake than accurate decision making. To deny a complainant the right to procedural fairness is apt to frustrate the ability of the Council to perform its statutory function of improving the quality of judicial services by thoroughly and impartially investigating complaints in order that it may take appropriate action, and thereby enhance public confidence in the judiciary.

[79] The fact that a judge is entitled to an impartial consideration by the Council of a complaint further

[76] Par ailleurs, d'affirmer encore les avocats du procureur général, lorsqu'il examine une plainte déposée contre un juge, le Conseil ne tranche pas un différend entre le plaignant et le juge, ni ne décide s'il faut accorder ou refuser réparation au plaignant. Sa fonction est plutôt de dire si l'inconduite du juge est si grave qu'elle justifie une destitution. Au cours de la phase préliminaire de la procédure du Conseil, la phase qui nous concerne ici, la tâche du président du comité sur la conduite des juges est de dire si la conduite d'un juge est assez grave pour justifier soit l'expression d'une désapprobation, soit un complément d'enquête pouvant amener le Conseil à recommander la destitution. Le dépôt d'une plainte appelle simplement l'attention du Conseil sur un cas possible d'inconduite, cas dont le Conseil est tenu de disposer selon l'une des manières prévues par la loi.

[77] Eu égard à la jurisprudence actuelle, cet argument n'est pas sans bien-fondé. Le droit administratif canadien n'a pas jusqu'à maintenant embrassé la proposition selon laquelle le droit du public à des décisions administratives exactes suffit en soi à mettre en jeu le devoir d'équité. Ainsi, même si le devoir d'équité accomplit entre autres choses la tâche instrumentale d'accroître la qualité de fond d'une décision administrative, il n'intervient pas lorsque l'intéressé n'est pas préjudicié par la décision contestée. Malgré l'élasticité des notions transmises par les mots «modifier» et «intérêts», dans le critère de l'arrêt *Cardinal*, ce sont des notions qui n'ont pas été abandonnées comme éléments nécessaires déclenchant le devoir d'équité.

[78] Néanmoins, à mon avis, il s'agit ici d'un cas exceptionnel. Le fait de classer une affaire peut ne pas préjudicier les intérêts personnels du plaignant, mais ce qui est en jeu va au-delà d'une décision exacte. Nier à un plaignant le droit à l'équité procédurale risque d'entraver l'aptitude du Conseil à exercer sa fonction officielle, qui est d'améliorer la qualité de la justice en examinant les plaintes en profondeur et avec impartialité, afin de pouvoir prendre les mesures qui s'imposent et par là accroître la confiance du public dans la justice.

[79] Si un juge qui fait l'objet d'une plainte a droit à l'impartialité du Conseil, alors le devoir d'équité à

strengthens the case for imposing the duty of fairness in favour of a complainant. In my opinion, it would be inimical to the sensitive role of the Council in enhancing the administration of justice in Canada to impose the duty of fairness to protect the independence of the judiciary, as well as the private interest of judges in their reputations and livelihood, but not to impose it to protect the equally important public interest in ensuring that judicial misconduct is accurately identified and appropriately dealt with. In a sense, a complainant may be seen as the self-appointed representative of the public interest in protecting “the right of persons who come before the courts to a fair trial by an impartial tribunal”, to borrow words from *Moreau-Bérubé*, at paragraph 45. The fact that the By-laws confer participatory rights on the judge who is the subject of the complaint, but only provide that the complainant be advised when a file is closed, does not, in my view, preclude the imposition of the duty of fairness in favour of a complainant.

[80] A second argument made against the application of the duty of fairness to complainants before a complaint file is closed by the Chairperson of the Judicial Conduct Committee is that, at this stage, the Council’s function is incomplete. Counsel for the Attorney General rely on *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at page 670, to demonstrate that the duty of fairness does not apply to non-final administrative action.

[81] I do not accept this argument for two reasons. First, from the perspective of a complainant, the Chairperson’s closing of the file is a final disposition of the complaint and the end of the statutory process by which an individual can have a judge’s suitability to continue in office considered by the body entrusted with this responsibility. It has long been recognized that complainants to human rights commissions are entitled to procedural fairness before their complaints of discrimination are dismissed without being referred to adjudication, because a dismissal at this stage of the process may effectively be the end of the line for a complainant: *Syndicat des employés de production du Québec et de l’Acadie v. Canada (Canadian Human*

l’égard du plaignant en est d’autant renforcé. À mon avis, on comprendrait mal le rôle délicat du Conseil, qui est de faire progresser l’administration de la justice au Canada, si l’on imposait au Conseil le devoir d’équité consistant à protéger l’indépendance de la justice, ainsi que l’intérêt personnel des juges dans leur réputation et leurs moyens d’existence, mais sans lui imposer l’obligation de protéger un intérêt public tout aussi important, le dépistage scrupuleux des cas d’inconduite chez les juges et l’adoption de mesures adéquates dans les cas semblables. En un sens, on pourrait considérer le plaignant comme quelqu’un qui a pris sur lui de représenter l’intérêt public dans la protection «du droit des justiciables à un procès équitable devant un tribunal impartial», pour reprendre les mots apparaissant au paragraphe 45 de l’arrêt *Moreau-Bérubé*. Le Règlement administratif du Conseil accorde des droits de participation au juge qui fait l’objet de la plainte, tout en disposant que le plaignant ne sera informé que lorsque l’affaire sera classée, mais cela n’empêche pas à mon avis qu’il y a devoir d’équité à l’égard du plaignant.

[80] Un deuxième argument avancé à l’encontre de l’existence d’un devoir d’équité envers les plaignants avant que le président du comité sur la conduite des juges ne ferme le dossier d’une plainte est que, à ce stade, la fonction du Conseil est incomplète. Les avocats du procureur général invoquent l’arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, à la page 670, pour affirmer que le devoir d’équité n’est pas applicable à une décision administrative qui n’est pas définitive.

[81] Je n’accepte pas cet argument, pour deux raisons. D’abord, du point de vue du plaignant, le fait pour le président de classer l’affaire constitue une décision finale sur la plainte, ainsi que la fin du processus officiel par lequel le plaignant peut faire examiner par l’organe compétent l’aptitude d’un juge à exercer les devoirs de sa charge. Il est reconnu depuis longtemps que toute personne qui adresse une plainte à une commission des droits de la personne est fondée à l’équité procédurale avant que sa plainte pour discrimination ne soit rejetée sans avoir été renvoyée pour décision, et cela parce qu’un rejet à ce stade de la procédure peut effectivement mettre un point final au recours du plaignant: *Syndicat des employés de production du Québec et de l’Acadie c.*

Rights Commission), [1989] 2 S.C.R. 879.

[82] I recognize that this analogy is not perfect. Individuals have a statutory right not to be discriminated against, and the dismissal of a complaint by a human rights commission deprives a complainant of an adjudication of whether that right has been violated and, if so, what remedy should be awarded. In contrast, the *Judges Act* confers no rights on individuals with respect to judicial misconduct, and the Council does not exist to enforce the rights of complainants or to provide them with redress. Nonetheless, in the context of this scheme, a complainant to the Council may be regarded as raising a matter of public interest, namely, that alleged judicial misconduct is properly investigated. A closing of the file will normally terminate the inquiry, subject to a reopening if, as in this case, new material comes to light.

[83] Second, L'Heureux-Dubé J. observed in *Knight* that lack of finality is a factor in the applicability of the duty of fairness. She did not exclude the consideration of other contextual factors that could tilt the balance the other way, despite the non-dispositive nature of the administrative action being impugned. Moreover, the mischief that L'Heureux-Dubé J. may have had in mind is that courts should not unduly hamper the efficiency and effectiveness of the administrative process by imposing the duty of fairness at a preliminary stage, when the individual concerned has a subsequent right to procedural protection before the agency makes its final determination. However, that is not the situation here. When the Chairperson closes a file, a complainant has no opportunity to be heard later, except by requesting a reconsideration.

[84] Finally, I would note that, in addition to the importance of the duty of fairness to the Council's ability to perform its function, its applicability is indicated by the nature of the decision made by the Chairperson of the Judicial Conduct Committee that a judge's conduct does or does not warrant removal from office. A determination

Canada (Commission canadienne des droits de la personne), [1989] 2 R.C.S. 879.

[82] Je reconnais que cette analogie n'est pas parfaite. La loi reconnaît à toute personne le droit de ne pas être discriminée, et le rejet d'une plainte par une commission des droits de la personne prive le plaignant d'une décision précisant si ce droit a été nié et, dans l'affirmative, quelle réparation doit être accordée. En revanche, la *Loi sur les juges* ne confère pas de droits aux justiciables en cas d'inconduite d'un juge, et le Conseil n'a pas pour mandat de donner effet aux droits des plaignants ou de leur accorder réparation. Néanmoins, à l'intérieur de ce régime, on peut considérer qu'une personne qui dépose une plainte au Conseil soulève une question d'intérêt public, l'intérêt public étant que la présumée inconduite d'un juge soit l'objet d'une enquête en règle. La fermeture du dossier mettra fin en principe à l'enquête, laquelle sera rouverte si, comme dans le cas présent, des éléments nouveaux sont découverts.

[83] Deuxièmement, le juge L'Heureux-Dubé faisait observer dans l'arrêt *Knight* que le caractère non définitif d'une décision constitue l'un des facteurs à considérer pour savoir si le devoir d'équité est applicable. Elle n'a pas exclu la prise en compte d'autres facteurs contextuels qui pourraient faire pencher la balance du côté opposé, malgré la nature non définitive de la décision administrative qui est contestée. D'ailleurs, l'inconvénient que le juge L'Heureux-Dubé avait sans doute à l'esprit est que les tribunaux ne devraient pas indûment entraver le bon déroulement de la procédure administrative en imposant le devoir d'équité à un stade préliminaire, lorsque l'intéressé a un droit ultérieur à une protection procédurale avant que l'organisme ne rende sa décision définitive. Cependant, tel n'est pas le cas ici. Lorsque le président du comité classe une affaire, le plaignant n'a plus la possibilité de se faire entendre plus tard, sauf à demander un réexamen.

[84] Finalement, je ferais observer que, outre l'importance du devoir d'équité pour l'aptitude du Conseil à exercer sa fonction, l'applicabilité de ce principe est révélée par la nature de la décision du président du comité sur la conduite des juges selon laquelle la conduite reprochée justifie ou ne justifie pas

of this question involves the application of a statutory standard that is not at the general or policy end of the spectrum, and requires an appreciation of the facts about an individual's conduct and the exercise of judgment about whether the conduct was improper and, if it was, its seriousness when viewed against the public interests in ensuring that judges do not misconduct themselves and in maintaining judicial independence. This is the kind of question that is more likely to be answered appropriately by an impartial person.

[85] For these reasons, I conclude that the duty of fairness, including the duty of impartiality, applies to the Chairperson's decision to close a file pursuant to subsection 50(1) of the Council's By-laws. I turn now to consider the content of the duty and, in particular, the standard of impartiality applicable in this case.

(ii) standard of impartiality

[86] It is trite law that the content of the duty of fairness varies according to the legal and administrative contexts in which impugned administrative action is located. In *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraphs 21-28, the Supreme Court of Canada identified a non-exhaustive list of factors for determining where on the scale or spectrum of procedural models a particular statutory power falls.

[87] Most cases on the content of the duty of fairness have concerned participatory and associated process rights, rather than the standard of impartiality to which a decision maker should be held. However, it is evident that in *Baker* the Court regarded the contextual factors for determining the content of the duty of fairness as equally applicable to the other two branches of the duty: impartiality (paragraphs 47-48) and the giving of reasons (paragraph 43).

[88] The Supreme Court of Canada has given minimal content to the duty of impartiality in some contexts. For example, it has held that municipal zoning by-laws to which the duty of fairness applied could only be set aside

la destitution. La réponse à cette question suppose l'application d'une norme établie qui ne se situe pas à l'extrémité générale du registre et qui requiert une appréciation des faits entourant la conduite d'une personne, de même que la faculté de discerner si la conduite était déplacée et, dans l'affirmative, si elle est grave lorsqu'on la considère sous l'angle de l'intérêt général pour une conduite acceptable de la part des juges et pour la préservation de l'indépendance de la justice. C'est là le genre de question à laquelle une personne impartiale est sans doute le mieux à même de répondre.

[85] Pour ces motifs, je suis d'avis que le devoir d'équité, y compris le devoir d'impartialité, s'applique à la décision du président de classer une affaire en conformité avec le paragraphe 50(1) du Règlement administratif du Conseil. J'examinerai maintenant le contenu de l'obligation, et en particulier la norme d'impartialité applicable à la présente affaire.

(ii) norme d'impartialité

[86] Il est bien établi en droit que le contenu du devoir d'équité varie selon le contexte juridique et administratif où se situe la décision administrative contestée. Dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, aux paragraphes 21 à 28, la Cour suprême du Canada a donné une liste non limitative de facteurs à prendre en compte pour savoir où se situe, sur le registre ou l'échelle des modèles procéduraux, un pouvoir réglementaire donné.

[87] La plupart des précédents intéressant le contenu du devoir d'équité s'attardent sur les droits participatifs et les droits procéduraux connexes, plutôt que sur la norme d'impartialité à laquelle est astreint un décideur. Cependant, il est évident que, dans l'arrêt *Baker*, la Cour suprême du Canada a jugé que les facteurs contextuels servant à déterminer le contenu du devoir d'équité étaient également applicables aux deux autres volets du devoir: l'impartialité (paragraphes 47 et 48) et l'exposé de motifs (paragraphe 43).

[88] La Cour suprême du Canada a, dans certains contextes, donné un contenu négligeable au devoir d'impartialité. Par exemple, elle a jugé que les règlements municipaux de zonage auxquels

for prejudgment on the basis of statements previously made by members of council if those statements indicated that members had so firmly made up their minds that they were not amenable to persuasion by those exercising a statutory right to make representations: *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170, at page 1197; *Save Richmond Farmland Society v. Richmond (Township)*, [1990] 3 S.C.R. 1213.

[89] A similar test was applied in *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, to an allegation of pre-judgment on a regulatory issue on the part of Mr. Wells, a consumer advocate who had been appointed to an independent administrative agency. Cory J. held (at page 642) that the appropriate test of bias applicable to statements made by Mr. Wells during the investigative stage of the agency's decision-making process was whether they indicated a mind so closed that representations on behalf of the regulated industry at the hearing stage would be futile.

[90] Under this test, it seems that the reviewing court must determine for itself whether the conduct of the decision maker establishes a closed mind, and not ask whether a reasonable person would so conclude: *Old St. Boniface Residents Assn.*, at page 1197, and *Newfoundland Telephone Co.*, at pages 638 and 642-643. If this is the law, then it may be inappropriate even to characterize the test under the rubric of bias. The failure of statutory decision makers to take into account a factor that they are required by law to consider is a ground for setting aside a decision on an application for judicial review, regardless of whether the duty of fairness applies to the making of the decision: Mullan, David J. *Administrative Law* (Toronto: Irwin Law, 2001), at page 115; de Smith S.A., Lord Woolf and J. Jowell, *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1995), at pages 346-355.

[91] In my opinion, the closed-mind test is too low a standard to be applied to the decision to close a complaint

s'appliquaient le devoir d'équité ne pouvaient être annulés, pour jugement prématuré, que sur la base de déclarations antérieures de membres du Conseil, si telles déclarations donnaient à penser que les membres avaient si fermement pris leur décision qu'ils n'étaient pas disposés à se laisser convaincre par ceux qui exerceraient leur droit de faire des observations: *Assoc. des résidents du vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170, à la page 1197; *Save Richmond Farmland Society c. Richmond (Canton)*, [1990] 3 R.C.S. 1213.

[89] Un critère semblable a été appliqué dans l'arrêt *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, aux supposées préventions d'un certain M. Wells à propos d'une question réglementaire. M. Wells, un défenseur des consommateurs, avait été nommé au sein d'un organisme administratif autonome. Le juge Cory a estimé (à la page 642) que le critère de partialité applicable aux déclarations faites par M. Wells durant l'étape du processus décisionnel de l'organisme consacrée à l'enquête était le suivant: les déclarations révélaient-elles un esprit si fermé qu'il eût été vain de s'exprimer, au stade de l'audience, au nom de l'industrie réglementée?

[90] Selon ce critère, il semble que la juridiction de contrôle doit décider par elle-même si la conduite du décideur atteste un esprit fermé et non pas se demander si une personne raisonnable conclurait de la sorte: *Assoc. des résidents du vieux St-Boniface*, à la page 1197, et *Newfoundland Telephone Co.*, aux pages 638, 642 et 643. Si tel est le droit, alors il est peut-être même inopportun de classer le critère sous la rubrique de la partialité. Lorsqu'un organisme administratif néglige de tenir compte d'un facteur dont la loi l'oblige à tenir compte, sa décision est susceptible d'annulation sur demande de contrôle judiciaire, quand bien même la décision ne serait pas soumise au devoir d'équité: Mullan, David J. *Administrative Law* (Toronto: Irwin Law, 2001), à la page 115; de Smith, S.A., lord Woolf et J. Jowell, *Judicial Review of Administrative Action*, 5^e éd. (Londres: Sweet & Maxwell Ltd., 1995), aux pages 346 à 355.

[91] À mon avis, le critère de l'esprit fermé est une norme trop faible pour qu'il puisse s'appliquer à la

file. Unlike the cases described above, the Chairperson of the Judicial Conduct Committee is not dealing with essentially political issues on which she or he can appropriately be expected to have formed a view before considering the complaint and, possibly, inquiring into the matter by requesting comments from the judge and her or his chief justice. Neither the identity nor the statutory functions of the Chairperson of the Judicial Conduct Committee are incompatible with a higher duty of impartiality than the closed-mind test.

[92] On the contrary, because the Chairperson is almost certain to be a chief justice or an associate chief justice, and is required to consider whether a complaint discloses conduct that warrants the removal of a judge, it is appropriate to impose a more demanding standard. Again, since the duty of fairness imposes on the Chairperson a duty to avoid creating a reasonable apprehension that he or she was biased against the judge whose conduct has been the subject of a complaint, it would not be appropriate that a complainant could expect only that the Chairperson had not made up her or his mind before considering whether to close the file. Accordingly, the appropriate test in this case is that of a reasonable apprehension of bias as formulated in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, at page 394.

[93] However, an application of the test requires a reviewing court to take into account contextual factors. Thus, when determining whether reasonable people, having informed themselves of the facts and thought the matter through in a practical manner, would conclude that there was a real likelihood that Chief Justice McEachern had prejudged the complaint before making the decision under review in these proceedings, the Court must take account of the non-judicative nature of the process and the absence of an adversely affected interest.

[94] In addition, since the process is investigative, it is ongoing; consequently, a decision to close a file can always be revisited, as it was in this case, if new information becomes available. It may thus fall to the Chairperson to reconsider a file on which he or she had already formed a clear view. In view of the nature of the

décision de fermer le dossier d'une plainte. Contrairement aux précédents susmentionnés, le président du comité sur la conduite des juges n'est pas saisi de questions essentiellement politiques à propos desquelles on aurait raison de penser qu'il s'est formé une opinion avant d'examiner la plainte, et peut-être avant d'enquêter sur l'affaire en sollicitant les réactions du juge et de son juge en chef. Ni l'identité ni les fonctions officielles du président du comité sur la conduite des juges ne sont incompatibles avec un devoir plus élevé d'impartialité que le critère de l'esprit fermé.

[92] Au contraire, puisque le président sera le plus souvent un juge en chef ou un juge en chef adjoint, et puisqu'il est tenu de se demander si une plainte révèle une conduite qui justifierait la destitution, il convient d'imposer une norme plus rigoureuse. Encore une fois, puisque le devoir d'équité impose au président l'obligation d'éviter de donner prise à une crainte raisonnable de partialité à l'encontre du juge dont la conduite a fait l'objet de la plainte, il ne serait pas légitime que le plaignant puisse uniquement espérer que le président n'ait pas pris sa résolution avant de songer à classer l'affaire. Par conséquent, le critère à appliquer ici est celui de la crainte raisonnable de partialité tel qu'il a été énoncé dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la page 394.

[93] Cependant, l'application du critère oblige la juridiction de contrôle à tenir compte des facteurs contextuels. Ainsi, lorsqu'elle se demande si une personne raisonnable, après s'être informée des circonstances et avoir examiné l'affaire avec réalisme dans tous ses détails, serait amenée à conclure qu'il est très probable que le juge en chef McEachern ait préjugé la plainte avant de rendre la décision contestée ici, la Cour doit prendre en compte la nature non juridictionnelle du processus et l'inexistence d'un intérêt préjudicié.

[94] De plus, puisqu'il s'agit d'un processus d'enquête, ce processus est continu; par conséquent, la décision de classer une affaire peut toujours être revue, comme elle l'a été ici, si des informations nouvelles apparaissent. Il peut donc incomber au président de réexaminer un dossier sur lequel il avait déjà pris une

process, a decision by the Chairperson not to send a complaint for further investigation cannot be set aside for reasonable apprehension of bias on the ground that she or he had previously closed the file.

[95] Finally, I should consider the attributes of the reasonable person of the bias test. Determining the characteristics of the “reasonable person” presents difficulties in a situation where reasonable people may view a matter differently, depending, in part, on their perspective. Members of visible or religious minorities, for instance, may be more likely than others to apprehend bias in the manner in which Mr. Taylor’s complaint was handled. However, the view of the reasonable person in legal tests represents a normative standard constructed by the courts, not an actuality that can be empirically verified.

[96] In determining whether a reasonable person would apprehend bias, a court must take account of the existence of a range of perspectives through which members of the public may view a matter. While the standard of bias cannot be the perspective of the most sensitive, the reasonable person is supportive of the basic principles on which our constitution is based, including the principle of equality: *R. v. S. (R.D.)*, at paragraphs 46 and 48 (*per* McLachlin and L’Heureux-Dubé JJ.).

(iii) application of the standard

[97] I turn now to the specifics of Mr. Taylor’s allegation of bias in order to determine whether, individually or collectively, the events on which he relies would lead a reasonable person to believe that Chief Justice McEachern was likely biased when, after considering the opinion of the Ontario Court of Appeal in *Laws*, he closed the file with an expression of disapproval of Justice Whealy’s conduct.

[98] For this purpose, I shall consider the whole record submitted by the Council, including statements made with respect to an earlier decision to close the file, even though that decision is not the subject of this application for judicial review. An attitude of mind disclosed at an earlier

résolution. Vu la nature du processus, la décision du président de ne pas soumettre une plainte à un complément d’enquête ne peut être annulée pour cause de crainte raisonnable de partialité au motif qu’il a auparavant classé l’affaire.

[95] Finalement, je dois examiner les attributs de la personne raisonnable dont il est question dans le critère de la partialité. Définir les caractéristiques de la «personne raisonnable» présente des difficultés dans la mesure où des gens raisonnables peuvent considérer une affaire différemment, selon la perspective adoptée. Ainsi, les membres de minorités visibles ou religieuses seront sans doute plus enclins que d’autres à suspecter une partialité dans la manière dont la plainte de M. Taylor a été traitée. Cependant, l’opinion de la personne raisonnable dans les critères juridiques constitue une norme indicative interprétée par les tribunaux, non une hypothèse qui puisse se vérifier empiriquement.

[96] Pour savoir si une personne raisonnable soupçonnerait un parti pris, le tribunal doit prendre en compte la diversité des perspectives au travers desquelles les membres du public pourraient considérer un événement. La norme de la partialité ne peut être la perspective des plus sensibles, mais la personne raisonnable défend les principes fondamentaux sur lesquels est fondée notre constitution, notamment le principe d’égalité: *R. c. S. (R.D.)*, aux paragraphes 46 et 48 (les juges McLachlin et L’Heureux-Dubé).

(iii) application de la norme

[97] J’examinerai maintenant les détails de la partialité alléguée par M. Taylor, pour savoir si, individuellement ou collectivement, les événements sur lesquels il se fonde conduiraient une personne raisonnable à croire que le juge en chef McEachern était probablement de parti pris lorsque, après avoir considéré l’arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario dans l’affaire *Laws*, il a classé l’affaire en exprimant sa désapprobation à l’égard de la conduite du juge Whealy.

[98] À cette fin, j’examinerai l’ensemble du dossier soumis par le Conseil, y compris les déclarations faites à l’égard d’une décision antérieure de classer l’affaire, même si cette décision ne fait pas l’objet de la présente demande de contrôle judiciaire. Une attitude d’esprit

stage of the process could lead a reasonable person to think that it carried over to the decision that is under review in this proceeding. I have grouped below the principal items on which Mr. Rosenthal relied as evidence of the Chairperson's bias.

(a) letter from the Council dated December 28, 1994

[99] Mr. Rosenthal relies on two statements in the Council's first response to the complaint. First, he submits that the assertion that Justice Whealy's rulings, "may only be challenged by way of appeal to the Court of Appeal", amounted to a declining of jurisdiction by the Council. However, it is relevant to note that, in a letter of January 23, 1995, the Chairperson modified the position apparently taken in his initial response by saying that, "in appropriate circumstances", a judge's in-court conduct could be investigated by the Council. This statement is qualified by the next sentence, which states that rulings made by judges in the performance of their judicial functions are best left to appeal courts.

[100] In any event, even if it could be said that the Council initially declined jurisdiction over the complaint, a mistaken view about the Council's jurisdiction would not lead a reasonable person to believe that, in the circumstances of this case, the Chairperson's reconsideration of his decision to dismiss the complaint was tainted by an improper prejudice.

[101] Second, counsel relies on the Chairperson's statement, "it is apparent that Mr. Justice Whealy took the steps he considered necessary to maintain order in his courtroom", as indicative of such a categorical prejudice as to constitute bias. This impression, he says, was confirmed by the Chairperson's refusal to reconsider the matter after Mr. Rosenthal had sought to show that there was no evidence of disorderly conduct by members of the public attending the trial, except that provoked by the Judge's ruling on head coverings.

révélee à un stade antérieur de la procédure pourrait amener une personne raisonnable à penser que cette décision a débouché sur la décision qui est contestée ici. J'ai groupé ci-après les points principaux sur lesquels M. Rosenthal s'est fondé pour prouver la partialité du président.

(a) lettre du Conseil en date du 28 décembre 1994

[99] M. Rosenthal s'appuie sur deux déclarations figurant dans la première réponse du Conseil à la plainte. D'abord, selon lui, l'affirmation selon laquelle les décisions du juge Whealy «ne peuvent être contestées que par voie d'appel interjeté devant la Cour d'appel» équivalait de la part du Conseil à se déclarer incompétent. Cependant, il convient de noter que, dans une lettre du 23 janvier 1995, le président avait modifié la position apparemment prise dans sa réponse initiale, en disant que, «dans les cas qui le justifient», la conduite d'un juge dans une salle d'audience pourra être soumise à une enquête du Conseil. Cette affirmation est nuancée par la phrase suivante, où l'on peut lire que les juridictions d'appel sont les mieux placées pour se prononcer sur les décisions prises par les juges dans l'accomplissement de leurs fonctions judiciaires.

[100] Quoi qu'il en soit, même si l'on pouvait dire que le Conseil s'est au départ déclaré incompétent pour entendre la plainte, une opinion erronée sur la compétence du Conseil ne conduirait pas une personne raisonnable à croire que, dans les circonstances de cette affaire, le réexamen par le président de sa décision de rejeter la plainte était entaché d'un parti pris répréhensible.

[101] Deuxièmement, selon M. Rosenthal, l'affirmation du président selon laquelle «il semble que M. le juge Whealy a pris les mesures qu'il jugeait nécessaires pour préserver l'ordre dans sa salle d'audience» révèle une prévention si manifeste qu'il y a nécessairement partialité. Cette impression, dit-il, a été confirmée par le refus du président de revoir l'affaire après que M. Rosenthal eut cherché à montrer que durant le procès les membres de l'assistance n'avaient manifesté aucun comportement désordonné, si ce n'est celui qu'avait provoqué la décision du juge relative aux coiffures.

[102] I see nothing wrong with Chief Justice McEachern's statement. He did not say that the steps taken were necessary, but only that Justice Whealy considered them to be necessary. As far as I am aware, the truth of this latter statement has not been questioned. I do not regard the statement by the Chairperson of the Judicial Conduct Committee on this issue to be evidence of bias.

(b) failure to disclose Justice Whealy's response to the complaint

[103] As I have already noted, Mr. Rosenthal only became aware of the Judge's letter to the Council, dated November 30, 1994, when it was included in the record filed by the Council for the purpose of the application for judicial review. The Council did not inform Mr. Rosenthal that it had received a letter from the Judge, which the Chairperson presumably took into account in deciding to close the file.

[104] I can think of no good reason why this letter should not have been disclosed to Mr. Rosenthal upon its receipt. While in some circumstances it may be inappropriate for the Chairperson to disclose a judge's response in its entirety, this case is not one of them. Justice Whealy's letter was clearly not intended to be confidential to the Council because he ended it by saying that it "was not written as some secret communication". Public confidence in the Council's efficacy is likely to be enhanced by the transparency of the complaints process.

[105] Nonetheless, the failure to disclose this communication was not evidence of bias. Non-disclosure of information on which a decision maker has relied is relevant to the other branch of the duty of fairness, namely, the duty to provide a reasonable opportunity for those affected by administrative action to make representations and to answer adverse material that the decision maker takes into account. However, since the non-disclosure was not alleged to have violated this aspect of the duty of fairness, I do not propose to consider it further.

(c) failure adequately to investigate the complaint

[106] Contrary to Mr. Rosenthal's submission, the Chairperson's failure to take up Mr. Rosenthal's offer to

[102] Je ne vois rien de mal dans les propos du juge en chef McEachern. Il n'a pas dit que les mesures prises étaient nécessaires, mais uniquement que le juge Whealy les avait jugées nécessaires. Autant que je sache, la véracité de cette dernière affirmation n'a pas été mise en doute. À mon avis, les propos tenus sur cette question par le président du comité sur la conduite des juges ne constituent pas une preuve de partialité.

(b) non-communication de la réponse du juge Whealy au plaignant

[103] Comme je l'ai déjà indiqué, M. Rosenthal n'a appris l'existence de la lettre du juge au Conseil, en date du 30 novembre 1994, que lorsque cette lettre a été versée dans le dossier déposé par le Conseil dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire. Le Conseil n'avait pas informé M. Rosenthal qu'il avait reçu une lettre du juge, lettre dont le président a probablement tenu compte lorsqu'il a décidé de classer l'affaire.

[104] Je ne vois pas du tout pourquoi cette lettre n'aurait pas dû être communiquée à M. Rosenthal dès sa réception. Il pourra dans certains cas être inopportun pour le président de révéler dans son intégralité la réponse d'un juge, mais le cas présent n'est pas l'un d'entre eux. La lettre du juge Whealy n'était manifestement pas destinée à être un document confidentiel du Conseil puisque le juge Whealy la concluait en disant qu'«elle n'a pas été écrite sous le sceau du secret». La confiance du public dans l'efficacité du Conseil sera tout probablement renforcée si le processus de traitement des plaintes est transparent.

[105] Néanmoins, la non-communication de cette pièce de correspondance n'est pas une preuve de partialité. La non-communication des renseignements sur lesquels s'est fondé un décideur intéresse l'autre volet du devoir d'équité, à savoir l'obligation de donner à ceux qui sont visés par une décision administrative l'occasion de faire des observations et de répondre aux pièces défavorables dont le décideur tient compte. Cependant, puisqu'il n'a pas été avancé que la non-communication a contrevenu à cet aspect du devoir d'équité, je ne me propose pas de la considérer davantage.

(c) insuffisance d'examen de la plainte

[106] Contrairement à ce qu'affirme M. Rosenthal, le fait que le président n'a pas saisi l'offre de M. Rosenthal

provide witnesses of events in the courtroom, and his decision that he needed to make no further investigations before closing the file, do not establish disqualifying bias by way of prejudgment.

[107] The failure of an administrative decision maker to conduct a thorough investigation of a complaint may be a breach of the duty of fairness: *Slattery v. Canada (Human Rights Commission)*, [1994] 2 F.C. 574 (T.D.), affd (1996), 205 N.R. 383 (F.C.A.). However, given the administrative and legal contexts of the complaints process under consideration in the instant case, the Chairperson has a wide discretion in the manner in which a complaint is investigated. The duty of fairness did not, in my opinion, oblige the Chairperson to inquire into the complaint in the manner suggested by Mr. Rosenthal.

(d) letter from the Council dated January 23, 1995

[108] Mr. Rosenthal submitted that the Chairperson's statement that he would look again at the complaint after the Ontario Court of Appeal had decided Mr. Laws' appeal was evidence of bias. The argument was that the Chairperson thereby declined jurisdiction and failed to appreciate that only the Council had jurisdiction to consider whether Justice Whealy's rulings warranted a recommendation that he be removed from the Bench.

[109] However, the fact is that Chief Justice McEachern did reopen the file when the Ontario Court of Appeal's decision became available and used it, as well as the Judge's expression of regret, as the basis for finding that Justice Whealy's conduct had been improper and deserving of an expression of disapproval. I do not think that it was an error of any kind for the Chairperson to await the decision of the Court of Appeal in *Laws*, where the propriety of Justice Whealy's conduct with respect to the wearing of head coverings was the subject of a full appellate hearing, even though the Court's focus was not the same as the Council's. It is entirely appropriate for the Council to defer to the normal forum for examining the propriety of a judge's in-court conduct, namely, an appellate court, before dealing with a

de produire des témoins oculaires des événements survenus dans la salle d'audience ne prouve pas qu'il avait des préventions, pas plus d'ailleurs que son sentiment selon lequel il ne lui était pas nécessaire d'enquêter davantage avant de décider de classer l'affaire.

[107] Lorsqu'un organisme administratif néglige de faire une enquête approfondie à la suite d'une plainte, peut-être manque-t-il à son devoir d'équité: *Slattery c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1994] 2 C.F. 574 (1^{re} inst.), confirmé par (1996), 205 N.R. 383 (C.A.F.). Cependant, vu le contexte administratif et le contexte juridique du processus de traitement des plaintes dont il est question ici, le président dispose d'un vaste pouvoir d'appréciation dans la manière d'examiner une plainte. À mon avis, le devoir d'équité n'obligeait pas le président à enquêter sur la plainte de la manière préconisée par M. Rosenthal.

(d) lettre du Conseil datée du 23 janvier 1995

[108] Selon M. Rosenthal, la déclaration du président selon laquelle il examinerait de nouveau la plainte après que la Cour d'appel de l'Ontario disposerait de l'appel interjeté par M. Laws est une preuve de partialité. D'après lui, le président se déclarait par le fait même incompetent et ne comprenait pas que seul le Conseil avait compétence pour décider si les décisions du juge Whealy justifiaient une recommandation de destitution.

[109] Cependant, il se trouve que le juge en chef McEachern a rouvert le dossier après que la Cour d'appel de l'Ontario eut rendu sa décision, et qu'il a invoqué cette décision, de même que les regrets exprimés par le juge, pour dire que la conduite du juge Whealy avait été déplacée et qu'elle méritait d'être désapprouvée. Je ne crois pas que le président ait eu tort d'attendre l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Laws*, une procédure où la rectitude de la décision du juge Whealy relative au port de certaines coiffures faisait l'objet, en appel, d'une audience en bonne et due forme, même si dans cette procédure les préoccupations de la Cour d'appel n'étaient pas celles du Conseil. Il est tout à fait légitime pour le Conseil, lorsqu'il s'agit d'examiner l'à-propos de la conduite d'un juge dans une

complaint arising from it.

[110] Mr. Rosenthal also took exception to the statement, "It is not possible at this time, and outside the ambience of that particular courtroom, to decide whether the decision of Mr. Justice Whealy was right or not". He submitted that this gave the false impression that the Council had no powers of investigation. Whether or not further investigation would have elucidated the circumstances in which the Judge made his rulings, or would have been relevant to his fitness to continue in office, the Chairperson's statement is not evidence of pre-judgment. Right or wrong, it was merely an expression of the difficulty of accurately reconstructing the courtroom atmosphere, not a denial that the Council lacked statutory powers of investigation. In any event, in the decision under review in these proceedings, the Chairperson adopted the view of the Ontario Court of Appeal that the Judge had erred in his ruling to exclude Mr. Taylor from the courtroom.

(e) disposition of the complaint

[111] Finally, Mr. Rosenthal advanced two arguments to show that the Chairperson's disposition of the complaint was itself evidence of bias. First, the only disapproval expressed by the Chairperson related, not to the rulings of the Judge, but to the impression that they created. However, the power of the Chairperson to express disapproval of a judge's conduct is limited to the extent that the judge recognizes its inappropriateness or impropriety. Following the decision of the Court of Appeal for Ontario, Justice Whealy acknowledged that he had been in error and regretted that his comments had caused the complainant and others to think that he was prejudiced. In my opinion, the Chairperson's expression of disapproval properly reflected the Judge's acknowledgment that he had been in error. This is not evidence of bias.

[112] Second, Mr. Rosenthal submitted that bias can be inferred from the fact that the Council's record does not reveal that the Chairperson ever considered whether the Judge harboured such prejudices as to make him unfit for office. In my opinion, this argument is misconceived. The

salle d'audience, de s'en remettre à l'instance régulièrement saisie, à savoir une cour d'appel, avant de disposer d'une plainte se rapportant à cette conduite.

[110] M. Rosenthal s'est également insurgé contre les propos suivants du président: «Il n'est pas possible aujourd'hui, loin du climat qui régnait au sein de cette salle d'audience, de dire si la décision de M. le juge Whealy était juste ou non». Selon M. Rosenthal, ces propos donnaient la fausse impression que le Conseil n'avait aucun pouvoir d'enquête. Qu'une enquête complémentaire eût ou non permis d'élucider les circonstances dans lesquelles le juge a rendu ses décisions, ou qu'elle eût ou non permis d'éclaircir son aptitude à continuer d'occuper sa charge, les propos du président ne sont pas la preuve d'un parti pris. À tort ou à raison, ils ne faisaient qu'exprimer la difficulté de reconstituer avec exactitude l'atmosphère de la salle d'audience, sans être un aveu de l'impuissance du Conseil à ouvrir une enquête. Quoi qu'il en soit, par la décision contestée ici, le président a fait sien l'avis de la Cour d'appel de l'Ontario selon lequel le juge avait eu tort d'exclure M. Taylor de la salle d'audience.

e) décision concernant la plainte

[111] Finalement, M. Rosenthal a avancé deux arguments pour montrer que la décision du président relative à la plainte était elle-même la preuve de sa partialité. D'abord, la seule désapprobation exprimée par le président se rapportait non pas aux décisions du juge, mais à l'impression qu'elles avaient produite. Cependant, le pouvoir du président de condamner la conduite d'un juge se limite à la mesure dans laquelle le juge reconnaît le caractère déplacé ou répréhensible de cette conduite. Après l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, le juge Whealy a admis qu'il avait commis une erreur et il a regretté que ses propos eussent conduit le plaignant et d'autres à croire qu'il avait des préventions contre eux. À mon avis, la critique formulée par le président rendait compte adéquatement du mea-culpa du juge Whealy. Ce n'est pas là une preuve de partialité.

[112] Deuxièmement, selon M. Rosenthal, on peut conclure à la partialité parce que le dossier du Conseil ne révèle pas que le président se soit jamais demandé si le juge entretenait des préventions telles qu'il n'était pas en mesure d'accomplir les devoirs de sa charge. À mon

burden is on an applicant challenging a decision to satisfy a reviewing court that a decision maker failed to address a relevant issue. I cannot infer from the Chairperson's letter of December 9, 1998 that he did not consider this central issue. The fact that the Chairperson made a decision with which Mr. Taylor disagrees is not, of course, evidence of bias.

(f) conclusion

[113] For the reasons given above, I am not persuaded that the Chairperson's conduct would have caused reasonable persons, who had informed themselves of the facts and thought the matter through in a practical manner, to believe that it was more likely than not that Chief Justice McEachern had prejudged Mr. Taylor's complaint, and did not impartially reconsider his decision to close the file in light of the decision and comments of the Ontario Court of Appeal, and the other material before him.

Issue 4: Did the Council's Closing of the File Breach Mr. Taylor's Charter Rights?

[114] In oral argument, Mr. Rosenthal indicated that this was not his strongest point. I agree and adopt the reasons of the Applications Judge for rejecting it.

F. CONCLUSIONS

[115] For these reasons, I would dismiss the appeal but, in view of the importance of the issues raised, without costs.

DÉCARY J.A.: I agree.

ROTHSTEIN J.A.: I agree.

avis, cet argument fait fausse route. C'est à celui qui conteste une décision de convaincre la juridiction de contrôle que l'auteur de la décision a ignoré un aspect pertinent. Je ne puis déduire de la lettre du président du 9 décembre 1998 qu'il n'a pas tenu compte de cet aspect essentiel. Le président a rendu une décision qui ne convenait pas à M. Taylor, mais cela n'est évidemment pas une preuve de partialité.

f) conclusion

[113] Pour les motifs susmentionnés, je ne suis pas convaincu que la conduite du président amènerait une personne raisonnable qui s'est informée des circonstances et qui a examiné l'affaire avec réalisme et dans tous ses détails à croire que le juge en chef McEachern avait tout probablement des préventions contre la plainte de M. Taylor et qu'il n'a pas réexaminé en toute impartialité sa décision de classer l'affaire à la suite de l'arrêt et des observations de la Cour d'appel de l'Ontario, et au vu des autres pièces qu'il avait devant lui.

Point n° 4: Lorsque le Conseil a classé l'affaire, a-t-il nié les droits fondamentaux de M. Taylor?

[114] Dans sa plaidoirie, M. Rosenthal a dit que ce n'était pas là son argument le plus convaincant. Je suis d'accord avec lui et je fais miens les motifs invoqués par le juge des requêtes pour le rejeter.

F. CONCLUSIONS

[115] Pour ces motifs, je rejetterais l'appel, mais sans dépens, compte tenu de l'importance des points soulevés.

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

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

A-387-01
2003 FCA 28

A-387-01
2003 CAF 28

The Council of the Saugeen First Nation No. 29 and Chief Randal Roote (*Appellants*)

Le Conseil de la première nation de Saugeen n° 29 et le chef Randal Roote (*appelants*)

v.

c.

James Sebastian and 544282 Ontario Inc. c.o.b. as Hideway Campground (*Respondents*)

James Sebastian et 544282 Ontario Inc. faisant affaire sous la raison sociale de Hideway Campground (*intimés*)

INDEXED AS: SEBASTIAN V. SAUGEEN FIRST NATION NO. 29 (COUNCIL OF) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: SEBASTIAN c. PREMIÈRE NATION SAUGEEN N° 29 (CONSEIL DE LA) (C.A.)

Court of Appeal, Desjardins, Isaac and Malone J.J.A.—Toronto, October 7, 2002; Ottawa, January 22, 2003.

Cour d'appel, juges Desjardins, Isaac et Malone, J.C.A.—Toronto, 7 octobre 2002; Ottawa, 22 janvier 2003.

Practice — Contempt of Court — Indian Band Council passing resolution shutting down campground on reserve land leased from Crown with Band Council consent — F.C.T.D. Judge granting motion for interlocutory injunction restraining Council from interfering with campground — Council passing further resolution closing all campgrounds on its lands — Chief going to campground, advising would do whatever necessary to close campground — When reminded of Court order, replied that “does not matter” — Council agents erecting “Closed” signs near campground — Motions Judge hearing submissions by teleconference on urgent basis, ordering removal of “Closed” signs, Council, Chief attend Court to show cause — Appeal dismissed by F.C.A. — Order initiating contempt hearing under r. 467 attacked as failing to meet notice, certainty requirements — Whether r. 58 applicable — Whether appeal premature — Code of procedure for contempt proceedings, established by rr. 466-472, explained — Argument particulars inadequate better dealt with at second stage (contempt hearing) — Severing two stages by appeal encouraging dilatoriness — New r. 467(1) codified common law requirements — Requires sufficient particularity — Appellants not misled as to nature of hearing — Use of “Respondent” in order not insufficiently precise — While order not mentioning contemptuous acts, motion record (wherein acts set forth) incorporated by reference — No order as to costs as case involving interpretation, application of new Rules.

Pratique — Outrage au tribunal — Un conseil de bande indienne adopte une résolution en vue de faire fermer un terrain de camping situé sur des terres de réserve louées de la Couronne avec le consentement du conseil de bande — Un juge de la C.F. 1^{re} inst. accueille une requête en injonction interlocutoire ayant pour effet d'empêcher le conseil de nuire à l'exploitation du terrain de camping — Le conseil a adopté une autre résolution prévoyant la fermeture de tous les terrains de camping sur ses biens-fonds — Le chef s'est rendu au terrain de camping et il a déclaré qu'il ferait ce qui serait nécessaire pour le faire fermer — Lorsqu'on lui a rappelé l'existence de l'ordonnance de la Cour, il a répliqué que celle-ci «importe peu» — Des représentants du conseil ont installé près du terrain de camping des écriteaux portant l'inscription «Fermé» — Après audition des arguments par téléconférence tenue d'urgence, un juge des requêtes a ordonné qu'on retire ces écriteaux et que le conseil et le chef comparaissent devant la Cour pour «expliquer» — Appel rejeté par la C.A.F. — L'ordonnance qui a commandé la tenue d'une audience pour outrage au tribunal, en vertu de la règle 467, est contestée pour défaut de conformité avec les exigences d'avis et de certitude — Question de savoir si la règle 58 est applicable — Question de savoir si la règle est prématuré — Explications du code de procédure en matière d'outrage au tribunal établi par les règles 466 à 472 — Mieux vaut présenter à la seconde étape (l'audience pour outrage au tribunal) l'argument portant que la description n'est pas assez détaillée — Séparer les deux étapes par un appel à un effet dilatoire — La nouvelle règle 467(1) codifie les exigences de la common law — Une description suffisamment détaillée est requise — Les appelants n'ont pas été induits en erreur quant à la nature de l'audience — Le terme «intimé» dans l'ordonnance n'est pas insuffisamment précis — Bien que les actes d'outrage reprochés n'aient pas été mentionnés dans l'ordonnance, ils l'ont été dans le dossier de la requête auquel l'ordonnance fait référence — Aucuns dépens adjugés.

Native Peoples — Lands — Crown, with Band Council consent, granting lease of reserve land for campground — Band Council passing resolutions closing campground, rezoning to prohibit economic activity — F.C.T.D. Judge granting interlocutory injunction restraining Council from interfering with campground — Band Council passing further resolution closing all campgrounds on its lands — Chief vowing to keep campground closed whatever it takes, stating Court order did not matter — Having “Closed” signs erected — Motions Judge ordering Council, Chief to attend Court to show cause why not in contempt — Order sustained by F.C.A. as wording not insufficiently precise — Case law holding Band Council can be convicted of contempt.

This was an appeal from an order made by a Motions Judge after hearing submissions by teleconference on an urgent basis on the Friday of a long weekend. The relief sought was an order (1) compelling the Council of the Saugeen First Nation No. 29 to remove “Closed” signs in the vicinity of the Hideaway Campground, and (2) requiring the Council and Chief Roote to attend before a Federal Court Judge and show cause why they should not be found in contempt of an order of O’Keefe J. forbidding them from closing down or in any way interfering with the campground. The Motions Judge granted an order (1) declaring a certain Band Council Resolution to be of no effect as against the campground, (2) ordering removal of all “Closed” signs, and (3) ordering that the Council and its Chief attend at Court to “show cause”.

In 1985 the Crown, with Band Council consent, leased to the corporate respondent part of Saugeen Reserve No. 29 for a 20-year term for the operation of a miniature golf course, restaurant, arcade and outdoor camping facility. During the May 2000 long weekend, Band Council passed a resolution shutting down the campground on account of “two deaths” associated with it. A further resolution was adopted rezoning the campgrounds to prohibit any economic activity thereon. A third resolution declared respondent, Sebastian, an undesirable person and prohibited him from entering reserve land, including the land he had leased. A fourth resolution declared the campground closed June 29-July 4, 2000. O’Keefe J.

l’affaire concernant l’interprétation et l’application des nouvelles Règles.

Peuples Autochtones — Terres — La Couronne, avec le consentement du conseil de bande, a loué des terres de réserve pour les fins d’un terrain de camping — Le conseil a adopté des résolutions visant à faire fermer le terrain de camping et à modifier le zonage pour interdire toute activité économique — Un juge de la C.F. 1^{re} inst. a délivré une injonction interlocutoire enjoignant au conseil de ne pas nuire à l’exploitation du terrain de camping — Le conseil de bande a adopté une nouvelle résolution forçant la fermeture de tous les terrains de camping sur ses terres — Le chef a juré qu’il ferait ce qui serait nécessaire pour garder le terrain de camping fermé, et a déclaré que l’ordonnance de la Cour importait peu — Il a fait installer des écriteaux portant l’inscription «Fermé» — Le juge des requêtes a ordonné au conseil et au chef de comparaître devant la Cour pour expliquer pourquoi ils ne devraient pas être déclarés coupables d’outrage — Ordonnance confirmée par la C.A.F., le libellé n’en étant pas insuffisamment précis — Jurisprudence prévoyant qu’un conseil de bande peut être déclaré coupable d’outrage au tribunal.

Il s’agit d’un appel interjeté à l’encontre d’une ordonnance délivrée par un juge des requêtes après l’audition des arguments par téléconférence tenue d’urgence le vendredi précédant un long week-end. La réparation demandée était une ordonnance enjoignant 1) au conseil de la première nation de Saugeen n° 29 de retirer les écriteaux portant l’inscription «Fermé» dans la zone à proximité du Hideaway Campground, et 2) au conseil et au chef Roote de comparaître devant un juge de la Cour fédérale pour expliquer pourquoi ils ne devraient pas être déclarés coupables d’outrage au tribunal relativement à une ordonnance du juge O’Keefe leur interdisant de clore ou de gêner d’une façon quelconque les activités du terrain de camping. Le juge des requêtes a rendu une ordonnance 1) déclarant qu’une certaine résolution du conseil de bande n’avait pas force exécutoire à l’endroit du terrain de camping, 2) enjoignant de retirer tous les écriteaux portant l’inscription «Fermé» et 3) enjoignant au conseil et à son chef de comparaître devant la Cour pour «expliquer».

En 1985, la Couronne, avec le consentement du conseil de bande, a loué à l’entreprise intimée une partie de la réserve Saugeen n° 29, pour une période de 20 ans, pour les besoins d’exploitation d’un parcours de golf miniature, d’un restaurant, d’une salle de jeux électroniques et d’installations de camping de plein air. Pendant le long week-end de mai 2000, le conseil de bande a adopté une résolution qui forçait la fermeture du terrain de camping parce qu’il y avait eu «deux morts». Une autre résolution a été adoptée, ayant pour effet de modifier le zonage des terrains de camping en interdisant toute activité économique sur ceux-ci. Une troisième résolution déclarait que l’intimé Sebastian était une personne indésirable et interdisait

granted a motion for an interlocutory injunction, enjoining the Council from interfering with the campground. On May 16, 2001 the Council passed yet another resolution, this one indefinitely closing all campgrounds on its lands on account of violence. The following day, Chief Roote went to Hideaway Campground where he advised Sebastian that he would do whatever it took to keep the campground closed and when reminded of the order made by Justice O'Keefe, replied that the Court order "does not matter". The very next day, Council agents erected "Closed" signs on the road outside the campground.

Held, the appeal should be dismissed.

Per Desjardins J.A. (Malone J.A. concurring): The order of Tremblay-Lamer J. initiating a contempt hearing under rule 467 is attacked as failing to satisfy the notice and certainty requirements of that rule. The opinion of Isaac J.A. that this appeal was premature and that appellants should proceed by a Trial Division motion under rules 56 and 58 could not be entirely agreed with. Rule 58 is inapplicable: it allows a party to challenge, by motion, any steps "taken by another party" for non-compliance with the Rules. It does not allow a party to challenge, by motion, an order issued by a judge for non-compliance of that order with the Rules unless such non-compliance comes as a result of "any step taken by another party". The decision of Dawson J. in *Desnoes & Geddes Ltd. v. Hart Breweries Ltd.* was not an application of rule 58.

Rules 466 to 472 establish a two-stage procedure for contempt of court. The order to show cause may be issued where there is a *prima facie* case of contempt. At the second stage—the contempt hearing—the alleged contempt must be proven beyond a reasonable doubt. While the initiating order is appealable whether granted or denied, the argument raised herein—inadequacy of particulars—has been held premature and better left for the second stage. It would here be undesirable that the sequence between the two stages of the proceeding be severed by an appeal as that would encourage dilatoriness.

à ce dernier l'accès à la réserve, notamment au bien-fonds qu'il avait loué. Une quatrième résolution déclarait le terrain de camping fermé du 29 juin au 4 juillet 2000. Le juge O'Keefe a accueilli la requête présentée et délivré une injonction interlocutoire enjoignant au conseil de ne pas nuire à l'exploitation du terrain de camping. Le 16 mai 2001, le conseil a encore adopté une nouvelle résolution, celle-ci forçant la fermeture pour une période de temps indéterminée, pour motif de violence, de tous les terrains de camping sur ses propriétés. Le lendemain, le chef Roote s'est rendu au camping Hideaway et il a informé Sebastian qu'il ferait ce qui serait nécessaire pour garder le terrain de camping fermé. Lorsqu'on lui a rappelé l'existence de l'ordonnance rendue par le juge O'Keefe, il a répliqué que cette ordonnance «importe peu». Dès le lendemain, des représentants du conseil ont installé sur la route menant au camping des écriteaux portant l'inscription «Fermé».

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

Le juge Desjardins, J.C.A. (le juge Malone, J.C.A. y souscrivant): L'ordonnance du juge Tremblay-Lamer, qui commande la tenue d'une audience pour outrage au tribunal en vertu de la règle 467, est contestée au motif d'un défaut de conformité avec les exigences d'avis et de certitude de cette règle. L'opinion du juge Isaac, selon laquelle l'appel était prématuré et les appelants devraient procéder par requête présentée devant la Section de première instance conformément aux règles 56 et 58, n'est pas entièrement partagée. La règle 58 ne s'applique pas. Cette règle permet à une partie de contester par voie de requête toute mesure «prise par une autre partie» en invoquant l'inobservation d'une disposition des Règles. Il ne permet toutefois pas à une partie de contester par voie de requête une ordonnance délivrée par un juge en invoquant le défaut de conformité de l'ordonnance avec les Règles, à moins que ce défaut ne soit le résultat de «toute mesure prise par une autre partie». La décision du juge Dawson dans *Desnoes & Geddes Ltd. c. Hart Breweries Ltd.* ne constituait pas une application de la règle 58.

Les règles 466 à 472 établissent une procédure en deux étapes en matière d'outrage au tribunal. L'ordonnance enjoignant de répondre aux allégations d'outrage peut être accordée sur une preuve *prima facie* de l'outrage reproché. À la seconde étape—l'audience pour outrage au tribunal—, la preuve de l'outrage reproché doit être établie hors de tout doute raisonnable. Bien que l'ordonnance introductive soit susceptible d'appel, qu'elle soit refusée ou accordée, l'argument soulevé en l'espèce—l'insuffisance des détails—a été jugé prématuré et mieux convenir pour la seconde étape de la procédure. Il serait peu souhaitable en l'espèce que la procédure pour outrage soit interrompue par un appel entre la première et la deuxième étape, puisque cela encouragerait les manœuvres dilatoires.

The current Rules are more stringent than were the former Rules as to an initiating order of contempt. Current subsection 467(1) of the Rules codifies early common law requirements and requires that the order set out the alleged acts of contempt with sufficient particularity. Tremblay-Lamer J. carefully referred to the motion record and appellants concede that they were not misled as to the nature of the hearing but do express concern over who is to respond, the case to be met and the evidence that may be led against them. There was no merit in the submission, that use of the word "Respondent" in the order in reference to the Council was insufficiently precise. Rule 467 sets out the procedure to find a "person" in contempt. Rule 2 defines "person" as including a tribunal, which has the same meaning as "federal board, commission or other tribunal" in the *Federal Court Act*. This Court has held a band Council to be a "federal board" and, in *Manitoba Teachers' Society v. Chief, Fort Alexander Reserve*, a Band Council was convicted of contempt.

While the order failed to specifically mention the alleged contemptuous acts, the motion record, in which they are set forth, was incorporated by reference in the order and the particulars were known to appellants.

There should be no order as to costs, this matter having raised the interpretation and application of the new Rules.

Per Isaac J.A. (concurring but for costs): Given rule 58, appellants' objections to the order were premature. Reference should be made to the *Desnoes & Geddes* case in which Dawson J. *ex meru motu* directed that a written statement particularizing each alleged act of contempt be served and filed. The appeal should be dismissed with costs.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

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

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 2(1) "federal board, commission or other tribunal" (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1).

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 354, 355, 2500.
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 3, 56, 57, 58, 59, 60, 466-474.

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

Les Règles actuelles concernant l'ordonnance introductive pour outrage au tribunal sont plus strictes que les anciennes. L'actuelle règle 467(1) codifie les exigences antérieures de la common law et requiert que l'ordonnance donne une description suffisamment détaillée des actes d'outrage reprochés. Le juge Tremblay-Lamer a fait soigneusement référence au dossier de la requête et les appelants reconnaissent ne pas avoir été induits en erreur à propos de la nature de l'audience. Ils ont toutefois exprimé leur inquiétude quant à savoir qui doit répondre à l'ordonnance, ce qu'on leur reproche et quels sont les éléments de preuve susceptibles d'être présentés contre eux. Il n'y avait pas de justification à l'argument selon lequel le terme «intimé» utilisé dans l'ordonnance pour désigner le Conseil n'était pas assez précis. La règle 467 énonce la procédure requise pour déclarer une «personne» coupable d'outrage au tribunal. Selon la définition donnée à la règle 2, le terme anglais «*person*» s'entend notamment d'un «*tribunal*», qui a la même signification que le groupe de mots «*federal board, commission or other tribunal*» dans la *Loi sur la Cour fédérale*. Notre Cour a établi qu'un conseil de bande est un «*federal board*» (office fédéral) et, dans *Manitoba Teachers' Society c. Chef, réserve de Fort Alexander*, un conseil de bande a été déclaré coupable d'outrage au tribunal.

Bien que les actes d'outrage reprochés n'aient pas été expressément mentionnés dans l'ordonnance, ils l'ont été dans le dossier de la requête auquel l'ordonnance fait référence; les détails étaient donc connus des appelants.

Aucuns dépens ne devraient être adjugés, l'affaire concernant l'interprétation et l'application des nouvelles Règles.

Motifs du juge Isaac, J.C.A. (qui souscrit, sauf quant aux dépens): Compte tenu de la règle 58, les objections des appelants à l'ordonnance étaient prématurées. Il y a lieu de consulter *Desnoes & Geddes*, une décision dans laquelle le juge Dawson a ordonné *ex meru motu* qu'un exposé écrit détaillant chaque acte reproché d'outrage soit signifié et déposé. L'appel devrait être rejeté avec dépens.

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. 11(a),(b).

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2(1) «office fédéral» (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1).

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

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 354, 355, 2500.

Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 3, 56, 57, 58, 59, 60, 466 à 474.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et al. v. Cutter (Canada), Ltd., [1983] 2 S.C.R. 388; (1983), 2 D.L.R. (4th) 621; 1 C.I.P.R. 46; 36 C.P.C. 305; 75 C.P.R. (2d) 1; 50 N.R. 1.

APPLIED:

Cutter (Canada) Ltd. v. Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et al. (1984), 1 C.P.R. (3d) 289; 56 N.R. 282 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Desnoes & Geddes Ltd. v. Hart Breweries Ltd. (2002), 17 C.P.R. (4th) 20 (F.C.T.D.); *Manitoba Teachers' Society v. Chief, Fort Alexander Reserve*, [1984] 1 F.C. 1109; [1985] 1 C.N.L.R. 172 (T.D.).

REFERRED TO:

R. v. Perry, [1982] 2 F.C. 519; (1982), 133 D.L.R. (3d) 703; 41 N.R. 249 (C.A.); *Canatonquin v. Gabriel*, [1980] 2 F.C. 792; [1981] 4 C.N.L.R. 61 (C.A.).

AUTHORS CITED

Sgayias, D. *et al.* *Federal Court Practice, 2002*. Toronto: Carswell, 2001.

APPEAL from an order of a Trial Division Motions Judge (1) declaring a Band Council Resolution of no force and effect, (2) ordering respondent (appellants herein) to remove "Closed" signs from the vicinity of respondents' business and (3) ordering respondent (appellant herein) and Chief Roote to show cause why they ought not be found in contempt of an earlier Federal Court order forbidding them from interfering with the business. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Derek T. Ground for appellants.
James P. McReynolds for respondents.

JURISPRUDENCE

DÉCISION SUIVIE:

Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et autres c. Cutter (Canada), Ltd., [1983] 2 R.C.S. 388; (1983), 2 D.L.R. (4th) 621; 1 C.I.P.R. 46; 36 C.P.C. 305; 75 C.P.R. (2d) 1; 50 N.R. 1.

DÉCISION APPLIQUÉE:

Cutter (Canada) Ltd. c. Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et autres (1984), 1 C.P.R. (3d) 289; 56 N.R. 282 (C.A.F.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Desnoe & Geddes Ltd. c. Hart Breweries Ltd. (2002), 17 C.P.R. (4th) 20 (C.F. 1^{re} inst.); *Manitoba Teachers' Society c. Chef, réserve de Fort Alexander*, [1984] 1 C.F. 1109; [1985] 1 C.N.L.R. 172 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

R. c. Perry, [1982] 2 C.F. 519; (1982), 133 D.L.R. (3d) 703; 41 N.R. 249 (C.A.); *Canatonquin c. Gabriel*, [1980] 2 C.F. 792; [1981] 4 C.N.L.R. 61 (C.A.).

DOCTRINE

Sgayias, D. *et al.*, *Federal Court Practice, 2002*. Toronto: Carswell, 2001.

APPEL interjeté à l'encontre de l'ordonnance d'un juge des requêtes de la Section de première instance 1) déclarant qu'une résolution d'un conseil de bande n'avait pas force exécutoire, 2) enjoignant à l'intimé (les appelants aux présentes) de retirer les écriteaux portant l'inscription «Fermé» dans la zone à proximité des lieux d'exploitation des intimés 3) enjoignant à l'intimé (l'appellant aux présentes) et au chef Roote d'expliquer pourquoi ils ne devraient pas être déclarés coupables d'outrage au tribunal relativement à une ordonnance antérieure de la Cour fédérale leur interdisant de nuire à l'exploitation. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Derek T. Ground pour les appelants.
James P. McReynolds pour les intimés.

SOLICITORS OF RECORD:

William B. Henderson, Toronto, for appellants.
Solmon Rothbart Goodman LLP, Toronto, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] ISAAC J.A. (concurring but for the issue of costs): This is an appeal from an order made by a Motions Judge in the Trial Division on 18 May 2001.

[2] The order was made after submissions by teleconference on an urgent basis on the Friday immediately preceding the Victoria Day weekend 2001. It recites that it was made as a consequence of relief sought by the respondent on a motion for:

- a) An order compelling the Respondent [the appellant Council in this appeal], its agents and servants or any person acting under its instructions and permitting any other person having knowledge of this order, to remove all signs marked "Closed" from the area in the vicinity of the business premises of 544282 Ontario Inc. c.o.b. as Hideaway Campground;
- b) An order that the Respondent and Chief Randal Roote be required to attend before a Judge of this Honourable Court to show cause why they should not be found in contempt of the order of the Honourable Mr. Justice O'Keefe, dated 4 August, 2000, which forbids the Respondent, its agents and servants or any person acting under its instructions and any other person having notice of that Order from closing down, hindering, preventing, or interfering in any way with the business operations of 544282 Ontario Inc. c.o.b. as Hideaway Campground. [Emphasis added.]

[3] In support of the motion the respondents in this appeal served and filed the affidavit of Matthew Sokolsky, sworn on 18 May 2001, which gave particulars of the acts done by the appellants in this appeal which the respondents say entitled them to the relief sought. The motion and supporting affidavit were served upon the appellants.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

William B. Henderson, Toronto, pour les appelants.
Solmon Rothbart Goodman LLP, Toronto, pour les intimés.

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

[1] LE JUGE ISAAC, J.C.A. (motifs concordants sauf quant aux dépens): Le présent appel est interjeté à l'encontre d'une ordonnance prononcée le 18 mai 2001 par un juge des requêtes de la Section de première instance.

[2] L'ordonnance a été délivrée après l'audition des arguments par téléconférence tenue d'urgence le vendredi précédant le week-end de la fête de Victoria en 2001. Elle précisait que sa délivrance était une conséquence de la réparation demandée par les intimés dans leur requête en vue d'obtenir:

[TRADUCTION]

- a) une ordonnance enjoignant à l'intimé [l'appellant dans le présent appel], à ses représentants et préposés ainsi qu'à quiconque obéit à ses instructions de retirer tous les écriteaux portant l'inscription «Fermé» dans la zone à proximité des lieux d'exploitation de 544282 Ontario Inc. faisant affaire sous la raison sociale de Hideaway Campground et autorisant quiconque prend connaissance de cette ordonnance à faire de même;
- b) une ordonnance enjoignant à l'intimé et au chef Randal Roote de comparaître devant un juge de la Cour pour expliquer pourquoi ils ne devraient pas être déclarés coupables d'outrage au tribunal relativement à l'ordonnance prononcée le 4 août 2000 par M. le juge O'Keefe, laquelle interdit à l'intimé, à ses représentants et préposés et à quiconque obéit à ses instructions ou prend connaissance de cette ordonnance de clore, de gêner, d'empêcher ou de perturber d'une façon quelconque les activités de 544282 Ontario Inc. faisant affaire sous la raison sociale de Hideaway Campground. [Je souligne.]

[3] À l'appui de leur requête, les intimés ont signifié et déposé l'affidavit de Matthew Sokolsky, souscrit le 18 mai 2001, qui donne des détails sur les actes reprochés aux appelants. Au dire des intimés, ces actes les autoriseraient à obtenir la réparation demandée. La requête et l'affidavit déposé à l'appui ont été dûment signifiés aux appelants.

[4] After reading the materials which counsel had filed and hearing by teleconference the submissions of counsel for both parties, the learned Motions Judge made the order in appeal, the operative portions of which read in part:

1. THIS COURT ORDERS THAT the Band Council Resolution dated May 16, 2001, is of no force and effect as against 544282 Ontario Inc. c.o.b. as Hideaway Campground.
2. THIS COURT ORDERS THAT the Respondent, its agents and servants or any person acting under its instructions is to remove all signs marked "Closed" from the area in the vicinity of the business premises of 544282 Ontario Inc. c.o.b. as Hideaway Campground. Any other person having knowledge of this Order is permitted to remove all signs marked "Closed" from the area in the vicinity of the business premises of 544282 Ontario Inc. c.o.b. as Hideaway Campground.
3. THIS COURT ORDERS THAT the Respondent and Chief Randal Roote be required to attend before a Judge of this Honourable Court at Toronto on Monday, June 4, 2001, commencing at 10:00 a.m. in the forenoon or as soon after that time as the matter can be heard, to show cause why they should not be found in contempt of the Order of the Honourable Mr. Justice O'Keefe, dated August 4, 2000, which forbids the Respondent, its agents and servants or any person acting under its instructions and any person having notice of that Order from closing down, hindering, preventing, or interfering in any way with the business operations of 544282 Ontario Inc. c.o.b. as Hideaway Campground.

Factual Background

[5] I propose now to summarize the background facts which gave rise to the dispute between the parties in order to delineate and to afford an appreciation of the issues in this appeal.

[6] In 1985, Her Majesty the Queen in right of Canada, with the consent of the Council of Saugeen Band of Indians and the persons then in occupation of the leased lands, leased to the respondent, 544282 Ontario Inc., a portion of the lands known as Saugeen Indian Reserve No. 29 that has been set apart for the use and benefit of the Saugeen Band of Indians, for a term of 20 years from 1 May 1985 to 30 April 2005. The lease

[4] Après avoir pris connaissance des documents déposés par les avocats et entendu les arguments des parties par téléconférence, le juge des requêtes a rendu l'ordonnance contestée en l'espèce dont le dispositif est rédigé en partie comme suit:

[TRADUCTION]

1. LA COUR ORDONNE QUE la résolution du Conseil de bande, portant la date du 16 mai 2001, n'ait pas force exécutoire à l'endroit de 544282 Ontario Inc. faisant affaire sous la raison sociale de Hideaway Campground.
2. LA COUR ORDONNE QUE l'intimé, ses représentants et préposés ou quiconque obéit à ses instructions retirent tous les écriteaux portant l'inscription «Fermé» dans la zone à proximité des lieux d'exploitation de 544282 Ontario Inc. faisant affaire sous la raison sociale de Hideaway Campground. Quiconque prenant connaissance de la présente ordonnance peut retirer tous les écriteaux portant l'inscription «Fermé» dans la zone à proximité des lieux d'exploitation de 544282 Ontario Inc. faisant affaire sous la raison sociale de Hideaway Campground.
3. LA COUR ORDONNE QUE l'intimé et le chef Randal Roote soient tenus de comparaître devant un juge de la Cour, à Toronto, le lundi 4 juin 2001, à 10 h en matinée ou aussitôt que l'affaire pourra être entendue après cette heure, pour expliquer pourquoi ils ne devraient pas être déclarés coupables d'outrage au tribunal relativement à l'ordonnance prononcée le 4 août 2000 par M. le juge O'Keefe, laquelle interdit à l'intimé, à ses représentants et préposés et à quiconque obéit à ses instructions ou prend connaissance de cette ordonnance de clore, de gêner, d'empêcher ou de perturber d'une façon quelconque les activités de 544282 Ontario Inc. faisant affaire sous la raison sociale de Hideaway Campground.

Contexte factuel

[5] Je propose maintenant de résumer le contexte factuel à l'origine du litige entre les parties afin d'élaborer et de fournir une appréciation des questions en litige dans le présent appel.

[6] En 1985, Sa Majesté la Reine du chef du Canada, avec le consentement du Conseil de la bande indienne Saugeen et les personnes qui occupaient alors les biens-fonds cédés à bail, a loué à l'intimé, 544282 Ontario Inc., une partie des biens-fonds désignés comme étant la réserve indienne Saugeen n° 29, qui a été mise de côté à l'usage et au profit de la bande indienne Saugeen, pour une période de 20 ans, soit du 1^{er} mai 1985 au

is subject to the provisions of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, as amended and the regulations made thereunder.

[7] By clause 4 of the lease, the corporate respondent agreed to use the leased lands only for the purpose of operating a miniature golf course, restaurant, arcade and outdoor camping facility and for no other purpose whatsoever. Over time, the corporate respondent has made significant investment on the leased lands. The corporate respondent earned most of its revenue during the summer months in each year and particularly the weekend of Victoria Day, August 1 and Labour Day. The respondent, Sebastian, earns his livelihood from the profits of the enterprise.

[8] Sometime during the long weekend of May 2000, the appellant Band Council (appellant Council) passed a resolution (BCR1) closing the Hideaway Campground because of “two deaths” associated with the campground. In the material filed with the Court on the hearing of this appeal, the appellants offered no proof that the respondents were in any way responsible for the “two deaths”.

[9] On 25 May 2000, without notice to the respondent, the appellant Council passed a resolution rezoning the campgrounds by prohibiting the operation of any economic activity thereon (BCR2).

[10] Subsequently the appellant Council passed a third resolution which declared the respondent Sebastian an undesirable person and prohibited him from entering reserve land, including the land he had leased from the Band (BCR3). The appellant Council passed a fourth resolution declaring that the Hideaway Campground would be closed June 29-July 4, 2000 (BCR4).

[11] The respondents sought assurances from the appellant Council, that it would not interfere with the business of Hideaway Campground pending the outcome of their judicial review application which they had taken in relation to the appellant Council resolutions. Not having received any acknowledgement or response to

30 avril 2005. Le bail est assujéti aux dispositions de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, et ses modifications, ainsi qu’à ses règlements.

[7] En vertu de l’article 4 du bail, la société intimée s’est engagée à utiliser les biens-fonds loués seulement pour les besoins d’exploitation d’un parcours de golf miniature, d’un restaurant, d’une salle de jeux électroniques et d’installations de camping en plein air, et pour aucun autre besoin quel qu’il soit. Au fil du temps, la société intimée a fait des investissements importants sur les biens-fonds loués. Elle encaissait la plus grande partie de ses revenus durant les mois d’été chaque année, particulièrement durant le week-end de la fête de Victoria, le 1^{er} août et à la fête du Travail. L’intimé Sebastian gagne sa vie avec les profits de l’entreprise.

[8] Durant le long week-end de mai 2000, le Conseil de bande appelant (le Conseil appelant) a adopté une résolution (RCB1) qui forçait la fermeture du camping Hideaway parce qu’il y avait eu «deux morts». Dans les documents déposés auprès de la Cour en vue de l’audition du présent appel, les appelants n’ont présenté aucun élément de preuve démontrant que les intimés étaient d’une façon quelconque responsables de ces «deux morts».

[9] Le 25 mai 2000, sans donner avis à l’intimé, le Conseil appelant a adopté une résolution modifiant le zonage des terrains de camping en interdisant toute activité économique sur ceux-ci (RCB2).

[10] Par la suite, le Conseil appelant a adopté une troisième résolution qui déclarait que l’intimé Sebastian était une personne indésirable et qui interdisait à ce dernier l’accès à la réserve, notamment au bien-fonds qu’il avait loué (RCB3). Une quatrième résolution a ensuite été adoptée pour déclarer la fermeture du camping Hideaway du 29 juin au 4 juillet 2000 (RCB4).

[11] Les intimés ont cherché à obtenir du Conseil appelant l’assurance qu’il ne nuirait pas aux affaires de Hideaway Campground dans l’attente de la décision relative à la demande de contrôle judiciaire présentée à l’encontre de ses résolutions. N’ayant reçu aucun accusé de réception ni aucune réponse du Conseil appelant à cet

their request for assurances, the respondents brought a motion for an interlocutory injunction on 4 August 2000. The motion was heard by O’Keefe J. in the Trial Division. He granted the motion and issued an order enjoining the appellant Council, in the terms I have already stated, from interfering with the campground business of the respondents.

[12] Copies of the order of O’Keefe J. were served upon the appellants and the Saugeen Detachment of Anishinabek Police Services. It would appear that at that time the latter has responsibility for providing police services to the Saugeen reserve.

[13] On 16 May 2001, the appellant Council passed a new resolution closing all campgrounds on its properties for an indefinite period, stating that its action was motivated by violence.

[14] On 17 May 2001, the appellant Roote went to the Hideaway Campground and told the respondent Sebastian, that Hideaway Campground would not be open on that weekend and that he, Chief Roote, would do what was necessary to keep the campground closed. The respondent, Sebastian, reminded the Chief of the order that O’Keefe J. had made on 4 August 2000. Chief Roote replied that the order of O’Keefe J. “does not matter”.

[15] On 18 May 2001, agents of the appellant Council, went to the Hideaway Campground and placed on the road outside the campground signs marked “Closed”.

[16] On the same day, the respondents served and filed a motion to be heard by teleconference returnable that day in which they sought the order in appeal. This motion was heard by Tremblay-Lamer J. who granted it and made the order from which this appeal is taken. Ground “g)” of the notice of motion which respondents filed alleges that “Chief Roote’s stated intention and the signs are *prima facie* in contempt of the Order of the Honourable Mr. Justice O’Keefe and are causing irreparable harm to the business of Hideaway Campground”.

égard, les intimés ont présenté une requête pour injonction interlocutoire le 4 août 2000. Cette requête a été entendue par le juge O’Keefe à la Section de première instance qui a accueilli la requête et délivré une ordonnance enjoignant au Conseil appellant, suivant les termes déjà cités, de ne pas nuire à l’exploitation du terrain de camping des intimés.

[12] Des exemplaires de l’ordonnance du juge O’Keefe ont été signifiés aux appelants ainsi qu’à la division Saugeen des services de police d’Anishinabek. Il semblerait que cette dernière ait eu à l’époque la responsabilité d’assurer les services policiers à la réserve Saugeen.

[13] Le 16 mai 2001, le Conseil appellant a adopté une nouvelle résolution qui forçait la fermeture de tous les terrains de camping sur ses propriétés pour une période de temps indéterminée, en invoquant que son geste était motivé par la violence.

[14] Le 17 mai 2001, l’appellant le chef Roote s’est rendu au camping Hideaway et a informé l’intimé Sebastian que le terrain de camping ne serait pas ouvert le week-end prochain et qu’il entendait, en tant que chef du Conseil, faire ce qui serait nécessaire pour le garder fermé. Lorsque l’intimé lui a rappelé l’existence de l’ordonnance rendue par le juge O’Keefe en date du 4 août 2000, le chef Roote a répliqué que cette ordonnance [TRADUCTION] «importe peu».

[15] Le 18 mai 2001, des représentants du Conseil appellant se sont rendus au camping Hideaway et ont installé sur la route y menant des écriteaux portant l’inscription «Fermé».

[16] Le même jour, les intimés ont signifié et déposé une requête à être entendue par téléconférence le jour même pour demander l’ordonnance faisant l’objet du présent appel. La requête a été entendue par M^{me} le juge Tremblay-Lamer qui l’a accueillie et qui a rendu l’ordonnance à l’encontre de laquelle le présent appel a été interjeté. Le motif «g)» de l’avis de requête déposé par les intimés allègue que [TRADUCTION] «l’intention avouée du chef Roote et les écriteaux constituent une preuve *prima facie* de l’outrage au tribunal relativement à l’ordonnance rendue par le

[17] The record in this case does not indicate that the appellant Council applied for a stay of the order of O'Keefe J. or that it had taken an appeal from it.

[18] The record is bare of any statement by the appellants which contradicts or in any way puts in issue the facts alleged by the respondents. These allegations of fact remain uncontested and I have treated them as such.

Relevant Rules of Court Respecting Contempt

[19] Rules 466 to 474 of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106], have replaced Rules 354, 355, and 2500 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663]. The former constitute a self-contained code respecting contempt in the Federal Court of Canada and are reproduced below. By way of contrast, the old Rules which they replaced are also reproduced.

Rules 466 to 474 of the *Federal Court Rules, 1998*

466. Subject to rule 467, a person is guilty of contempt of Court who

(a) at a hearing fails to maintain a respectful attitude, remain silent or refrain from showing approval or disapproval of the proceeding;

(b) disobeys a process or order of the Court;

(c) acts in such a way as to interfere with the orderly administration of justice, or to impair the authority or dignity of the Court;

(d) is an officer of the Court and fails to perform his or her duty; or

(e) is a sheriff or bailiff and does not execute a writ forthwith or does not make a return thereof or, in executing it, infringes a rule the contravention of which renders the sheriff or bailiff liable to a penalty.

467. (1) Subject to rule 468, before a person may be found in contempt of Court, the person alleged to be in contempt

juge O'Keefe et causent un préjudice irréparable aux affaires de Hideaway Campground».

[17] Le dossier de la présente affaire n'indique pas si le Conseil appelant a présenté une demande de suspension de l'ordonnance du juge O'Keefe ou interjeté appel à l'égard de celle-ci.

[18] Le dossier ne contient aucune déclaration des appelants contredisant ou mettant d'une façon quelconque en doute les faits allégués par les intimés. Ces allégations de fait demeurent incontestées et je les ai traitées comme telles.

Règles pertinentes de la Cour concernant l'outrage au tribunal

[19] Les règles 466 à 474 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106] ont remplacé les anciennes Règles 354, 355 et 2500 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663]. Les nouvelles dispositions constituent en soi un code en matière d'outrage au tribunal à la Cour fédérale du Canada. Ces dispositions sont reproduites ci-dessous. À titre comparatif, je reproduis également les anciennes Règles.

Règles 466 à 474 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*

466. Sous réserve de la règle 467, est coupable d'outrage au tribunal quiconque:

a) étant présent à une audience de la Cour, ne se comporte pas avec respect, ne garde pas le silence ou manifeste son approbation ou sa désapprobation du déroulement de l'instance;

b) désobéit à un moyen de contrainte ou à une ordonnance de la Cour;

c) agit de façon à entraver la bonne administration de la justice ou à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité de la Cour;

d) étant un fonctionnaire de la Cour, n'accomplit pas ses fonctions;

e) étant un shérif ou un huissier, n'exécute pas immédiatement un bref ou ne dresse pas le procès-verbal d'exécution, ou enfreint une règle dont la violation le rend passible d'une peine.

467. (1) Sous réserve de la règle 468, avant qu'une personne puisse être reconnue coupable d'outrage au tribunal,

shall be served with an order, made on the motion of a person who has an interest in the proceeding or at the Court's own initiative, requiring the person alleged to be in contempt

(a) to appear before a judge at a time and place stipulated in the order;

(b) to be prepared to hear proof of the act with which the person is charged, which shall be described in the order with sufficient particularity to enable the person to know the nature of the case against the person; and

(c) to be prepared to present any defence that the person may have.

(2) A motion for an order under subsection (1) may be made *ex parte*.

(3) An order may be made under subsection (1) if the Court is satisfied that there is a *prima facie* case that contempt has been committed.

(4) An order under subsection (1) shall be personally served, together with any supporting documents, unless otherwise ordered by the Court.

468. In a case of urgency, a person may be found in contempt of Court for an act committed in the presence of a judge and condemned at once, if the person has been called on to justify his or her behaviour.

469. A finding of contempt shall be based on proof beyond a reasonable doubt.

470. (1) Unless the Court directs otherwise, evidence on a motion for a contempt order, other than an order under subsection 467(1), shall be oral.

(2) A person alleged to be in contempt may not be compelled to testify.

471. Where the Court considers it necessary, it may request the assistance of the Attorney General of Canada in relation to any proceedings for contempt.

472. Where a person is found to be in contempt, a judge may order that

(a) the person be imprisoned for a period of less than five years or until the person complies with the order;

(b) the person be imprisoned for a period of less than five years if the person fails to comply with the order;

(c) the person pay a fine;

une ordonnance, rendue sur requête d'une personne ayant un intérêt dans l'instance ou sur l'initiative de la Cour, doit lui être signifiée. Cette ordonnance lui enjoint:

a) de comparaître devant un juge aux date, heure et lieu précisés;

b) d'être prête à entendre la preuve de l'acte qui lui est reproché, dont une description suffisamment détaillée est donnée pour lui permettre de connaître la nature des accusations portées contre elle;

c) d'être prête à présenter une défense..

(2) Une requête peut être présentée *ex parte* pour obtenir l'ordonnance visée au paragraphe (1).

(3) La Cour peut rendre l'ordonnance visée au paragraphe (1) si elle est d'avis qu'il existe une preuve *prima facie* de l'outrage reproché.

(4) Sauf ordonnance contraire de la Cour, l'ordonnance visée au paragraphe (1) et les documents à l'appui sont signifiés à personne.

468. En cas d'urgence, une personne peut être reconnue coupable d'outrage au tribunal pour un acte commis en présence d'un juge et condamnée sur-le-champ, pourvu qu'on lui ait demandé de justifier son comportement.

469. La déclaration de culpabilité dans le cas d'outrage au tribunal est fondée sur une preuve hors de tout doute raisonnable.

470. (1) Sauf directives contraires de la Cour, les témoignages dans le cadre d'une requête pour une ordonnance d'outrage au tribunal, sauf celle visée au paragraphe 467(1), sont donnés oralement.

(2) La personne à qui l'outrage au tribunal est reproché ne peut être contrainte à témoigner.

471. La Cour peut, si elle l'estime nécessaire, demander l'assistance du procureur général du Canada dans les instances pour outrage au tribunal.

472. Lorsqu'une personne est reconnue coupable d'outrage au tribunal, le juge peut ordonner:

a) qu'elle soit incarcérée pour une période de moins de cinq ans ou jusqu'à ce qu'elle se conforme à l'ordonnance;

b) qu'elle soit incarcérée pour une période de moins de cinq ans si elle ne se conforme pas à l'ordonnance;

c) qu'elle paie une amende;

(d) the person do or refrain from doing any act;

(e) in respect of a person referred to in rule 429, the person's property be sequestered; and

(f) the person pay costs.

473. (1) Where there is no sheriff or a sheriff is unable or unwilling to act, a process, including a warrant for arrest of property under rule 481, may be issued to any person to whom a process of a superior court of the province in which the process is to be executed could be issued.

(2) Where a process is issued to a sheriff, it may, at the sheriff's direction, be executed by a person authorized under provincial law to execute the process of a superior court of the province in which the process is to be executed.

474. (1) Where an order made against the Crown for the payment of money for costs or otherwise is executory and

(a) where no appeal of the order has been instituted, the time allowed by law for an appeal from the order has expired, or

(b) where there has been an appeal from the order, the order has been affirmed or varied on appeal,

the Administrator shall issue a certificate of judgment accordingly.

(2) A certificate issued under subsection (1) shall be transmitted by the Administrator to the office of the Deputy Attorney General of Canada.

Rules 354, 355 and 2500 of the old *Federal Court Rules*.

Rule 354. (1) Every person present at a sittings of the Court or a prothonotary must maintain a respectful attitude, remain silent and refrain from showing approval or disapproval of the proceedings.

(2) Paragraph (1) must be observed wherever a judge carries out his official functions.

(3) Any person who contravenes paragraph (1) or who does not obey at once an order of a judge or a prothonotary or an officer under his authority is guilty of contempt of court and, if he is an officer of the Court, the Court may suspend him from his functions.

d) qu'elle accomplisse un acte ou s'abstienne de l'accomplir;

e) que les biens de la personne soient mis sous séquestre, dans le cas visé à la règle 429;

f) qu'elle soit condamnée aux dépens.

473. (1) En cas d'absence du shérif ou d'empêchement ou de refus d'agir de sa part, tout bref d'exécution ou autre moyen de contrainte, y compris le mandat de saisie de biens délivré en vertu de la règle 481, peut être adressé à une personne à qui pourrait être adressé un acte d'exécution émanant d'une cour supérieure de la province où l'exécution doit s'effectuer.

(2) Lorsqu'un bref d'exécution ou autre moyen de contrainte est adressé à un shérif, celui-ci peut, à sa discrétion, en confier l'exécution à toute personne autorisée par les lois provinciales à exécuter les actes d'exécution émanant d'une cour supérieure de la province.

474. (1) Dans le cas où une ordonnance rendue contre la Couronne lui enjoignant de payer une somme pour les dépens ou à tout autre titre est exécutoire, l'administrateur délivre un certificat de jugement attestant:

a) que le délai d'appel est expiré, lorsqu'elle n'a fait l'objet d'aucun appel;

b) qu'elle n'a pas été infirmée ou qu'elle a été modifiée, lorsqu'elle a fait objet d'un appel.

(2) Le certificat visé au paragraphe (1) est transmis par l'administrateur au bureau du sous-procureur général du Canada.

Règles 354, 355 et 2500 des anciennes *Règles de la Cour fédérale*.

Règle 354. (1) Toute personne présente à une séance de la Cour ou d'un protonotaire doit s'y comporter avec respect, garder le silence et s'abstenir de manifester son approbation ou sa désapprobation de ce qui s'y passe.

(2) L'observation de l'alinéa (1) est obligatoire en tout lieu où un juge exerce les fonctions de son état.

(3) Toute personne qui contrevient à l'alinéa (1) ou qui n'obéit pas dans l'instant à l'ordre d'un juge, d'un protonotaire ou d'un officier sous leur autorité est coupable d'outrage au tribunal, et, s'il est un officier de justice, le tribunal peut le suspendre de sa fonction.

Rule 355. (1) Anyone is guilty of contempt of court who disobeys any process or order of the Court or a judge thereof, or who acts in such a way as to interfere with the orderly administration of justice, or to impair the authority or dignity of the Court. In particular, any officer of justice who fails to do his duty, and any sheriff or bailiff who does not execute a writ forthwith or does not make a return thereof or, in executing it, infringes any rule the violation whereof renders him liable to a penalty, is guilty of contempt of court.

(2) Except where otherwise provided, anyone who is guilty of contempt of court is liable to a fine, which in the case of an individual shall not exceed \$5,000, or to imprisonment for a period not exceeding one year. Imprisonment, and in the case of a corporation a fine, for refusal to obey any process or order may be repeatedly inflicted until the person condemned obeys.

(3) Anyone who is guilty of contempt of court in the presence of the judge in the exercise of his functions may be condemned at once, provided that he has been called upon to justify his behaviour.

(4) No one may be condemned for contempt of court committed out of the presence of the judge, unless he has been served with a show cause order ordering him to appear before the Court, on the day and at the hour fixed to hear proof of the acts with which he is charged and to urge any grounds of defence that he may have. The show cause order issued by the judge of his own motion or on application must be served personally, unless for valid reasons another mode of service is authorized. The application for the issuance of the show cause order may be presented without its being necessary to have it served.

(5) The procedure set out in paragraph (4) is without prejudice to an application for committal under Division I of Part VII. The two methods of proceeding are alternatives and when one has been acted on, the other cannot be invoked. The other provisions in this Rule are without prejudice to the inherent powers of the Court; and both this Rule and the inherent powers can be invoked on any appropriate occasion.

...

Rule 2500. (1) The power of the Court to punish for contempt of court may be exercised by an order of committal.

(2) An application for an order of committal shall be made by motion and there must be at least 8 clear days between the

Règle 355. (1) Est coupable d'outrage au tribunal quiconque désobéit à un bref ou une ordonnance de la Cour ou d'un de ses juges, ou agit de façon à gêner la bonne administration de la justice, ou à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité de la Cour. En particulier, un officier de la justice qui ne fait pas son devoir, et un shérif ou huissier qui n'exécute pas immédiatement un bref ou qui ne dress pas le procès-verbal d'exécution y afférent ou qui, enfreint une règle dont la violation le rend passible d'une peine, est coupable d'outrage au tribunal.

(2) Sauf disposition contraire, quiconque est coupable d'outrage au tribunal est passible d'une amende qui, dans le cas d'un particulier ne doit pas dépasser \$5,000 ou d'un emprisonnement d'un an au plus. L'emprisonnement et, dans le cas d'une corporation, une amende, pour refus d'obéissance à un bref ou une ordonnance, peuvent être renouvelés jusqu'à ce que la personne condamnée obéisse.

(3) Quiconque se rend coupable d'outrage au tribunal en présence du juge dans l'exercice de ses fonctions peut être condamné sur-le-champ, pourvu qu'on lui ait demandé de justifier son comportement.

(4) Une personne ne peut être condamnée pour outrage au tribunal commis hors de la présence du juge que s'il lui a été signifié une ordonnance de justification lui enjoignant de comparaître devant la Cour, au jour et à l'heure fixés pour entendre la preuve des actes dont il est accusé et pour présenter, le cas échéant, sa défense en exposant les raisons de sa conduite. Cette ordonnance, rendue par le juge soit de sa propre initiative, soit sur demande, doit obligatoirement être signifiée à personne, à moins qu'un autre mode de signification ne soit autorisé pour des raisons valables. La demande d'ordonnance de justification enjoignant d'exposer les raisons peut être présentée sans qu'il soit nécessaire de la faire signifier.

(5) La procédure prévue à l'alinéa (4) n'exclut pas une demande d'incarcération en vertu du chapitre I de la Partie VII. L'une ou l'autre de ces deux méthodes de procédure peut être appliquée, mais le fait de s'être engagé dans l'une de ces deux voies supprime la possibilité de s'engager dans l'autre. Les autres dispositions de la présente Règle n'excluent pas les pouvoirs inhérents à la Cour; et la présente Règle ainsi que les pouvoirs inhérents à la Cour peuvent être invoqués en toute circonstance appropriée.

[...]

Règle 2500. (1) Le pouvoir qu'a la Cour d'infliger une peine pour outrage au tribunal pourra être exercé au moyen d'une ordonnance d'incarcération.

(2) Une demande d'ordonnance d'incarcération doit être faite par requête et il doit obligatoirement s'écouler 8 jours

service of the notice of motion and the day named therein for the hearing.

(3) Subject to paragraph (4), the notice of motion and a copy of the affidavit in support must be served personally on the person sought to be committed.

(4) The Court may dispense with service of the notice of motion and affidavit under this Rule if it thinks it just to do so.

(5) Nothing in the foregoing provisions of this Rule shall be taken as affecting the power of the Court to make an order or committal of its own motion against a person guilty of contempt of Court.

(6) By leave of the Court, a writ of attachment may issue (Form 71) and a writ so issued shall be executed according to the exigency thereof.

(7) The person attached shall, without delay, be brought before the Court and if, after he has been given a full opportunity to answer what is alleged against him, the Court is satisfied that it is just to do so, the Court may order him to be committed (Forms 72 and 73).

(8) The order for committal shall be executed by the appropriate sheriff or such other person as may be designated by the order.

(9) The Court may by order direct that the execution of an order of committal shall be suspended for such period or on such terms or conditions as it may specify.

(10) Where execution of an order of committal is suspended by an order under paragraph (9), the applicant for the order of committal shall, unless the Court otherwise directs, serve on the person against whom it was made a notice informing him of the making and terms of the order under that paragraph.

(11) The Court may, on the application of any person committed to prison for any contempt of court, or on the application of any other party or of its own motion, discharge him.

(12) Where a person has been committed for failing to comply with a judgment or order requiring him to deliver any thing to some other person or to deposit it in court or elsewhere, and a writ of sequestration has also been issued to enforce that judgment or order, then, if the thing is in the custody or power of the person committed, the commissioners

francs au moins entre la signification de l'avis de requête et la date d'audition qui y est indiquée.

(3) Sous réserve de l'alinéa (4), l'avis de requête et une copie de l'affidavit à l'appui de la requête doivent obligatoirement être signifiés à la personne dont on demande l'incarcération, par voie de signification à personne.

(4) La Cour pourra, si elle estime juste de le faire, dispenser de la signification de l'avis de requête et de l'affidavit exigé par la présente Règle.

(5) Rien dans les dispositions précédentes de la présente Règle ne doit être interprété comme portant atteinte au pouvoir qu'a la Cour de rendre de sa propre initiative une ordonnance d'incarcération contre une personne coupable d'outrage au tribunal.

(6) Sur permission de la Cour, un bref de contrainte par corps peut être décerné (Formule 71) et un bref ainsi décerné doit être exécuté dans la mesure où il est nécessaire de l'exécuter.

(7) La personne contrainte par corps doit être amenée sans retard devant la Cour et si, après qu'on lui aura donné toute possibilité de répondre à ce qui lui est reproché, la Cour est convaincue qu'il est juste de le faire, elle pourra ordonner son incarcération (Formules 72 et 73).

(8) L'ordonnance d'incarcération doit être exécutée par le shérif compétent ou toute autre personne qui peut être désignée par l'ordonnance.

(9) La Cour pourra, par ordonnance, prescrire la suspension de l'exécution d'une ordonnance d'incarcération pour la période ou aux conditions qu'elle spécifie.

(10) Lorsque l'exécution d'une ordonnance d'incarcération est suspendue par une ordonnance rendue en vertu de l'alinéa (9), celui qui demande l'ordonnance d'incarcération doit, sauf instructions contraires de la Cour, signifier à la personne contre laquelle ladite ordonnance a été rendue, un avis l'informant de l'ordonnance de suspension rendue en vertu dudit alinéa et des conditions de celle-ci.

(11) La Cour pourra, soit à la demande d'une personne incarcérée pour outrage au tribunal, soit à la demande de toute autre partie, soit de sa propre initiative, libérer cette personne.

(12) Lorsqu'une personne a été incarcérée pour avoir omis de se conformer à un jugement ou à une ordonnance lui enjoignant de délivrer une chose quelconque à une autre personne ou de la déposer à la Cour ou ailleurs, et qu'un bref de séquestration a également été décerné pour l'exécution de ce jugement ou de cette ordonnance, les commissaires désignés

appointed by the writ of sequestration may take possession of it as if it were the property of that person and, without prejudice to the generality of paragraph (11), the Court may discharge the person committed and may give such directions for dealing with the thing taken by the commissioners if it thinks fit.

(13) Nothing in the foregoing provisions of this Rule shall be taken as affecting the power of the Court to make an order requiring a person guilty of contempt of court, or a person punishable by virtue of any enactment in like manner as if he had been guilty of contempt of court, to pay a fine or to give security for his good behaviour, and those provisions, so far as applicable, and with the necessary modifications, shall apply in relation to an application for such an order as they apply in relation to an application for an order of committal.

(14) Nothing in the foregoing provisions of this Rule shall be taken as affecting the power of the Court under Rule 355.

Issues

[20] The appellants appeal from the order of the Motions Judge and ask that the order she made be quashed because of its failure to comply with the provision of rule 467. Alternatively, they ask that the order be stayed until the respondent files a further and better order with leave of the Court. The request for the alternative remedy is premised on the theory that the appellants' allegation of the failure to comply with rule 467 is a serious issue to be tried. They say further that they will suffer irreparable harm if a stay was not granted and that the balance of convenience is in their favour.

[21] Before entering into an analysis of the issues, it might be useful to make some general observations about the approach to the new rules. As I have stated, rules 466 to 471 define contempt and prescribe the procedure to be followed in contempt of court proceedings. Promulgated in 1998, they replace Rules 354, 355 and 2500 and form part of a complete code dealing with contempt of Court in this Court.

par le bref de séquestration peuvent, si la chose est sous la garde ou sous l'autorité de la personne incarcérée, en prendre possession comme si elle appartenait à cette personne et, sous réserve de la portée générale de l'alinéa (11), la Cour peut libérer la personne incarcérée et elle peut donner les instructions qu'elle juge à propos en ce qui concerne les dispositions à prendre au sujet de la chose dont les commissaires ont pris possession.

(13) Rien dans les dispositions précédentes de la présente Règle ne doit être interprété comme portant atteinte au pouvoir qu'a la Cour de rendre une ordonnance enjoignant à une personne coupable d'outrage au tribunal, ou à une personne passible de peine en vertu d'un texte législatif ou réglementaire de la même façon que si elle était coupable d'outrage au tribunal, de payer une amende ou de fournir une garantie assurant sa bonne conduite. Lesdites dispositions s'appliquent, dans la mesure du possible, et avec les modifications qui s'imposent, dans le cas d'une demande d'une telle ordonnance comme elles s'appliquent dans le cas d'une demande d'incarcération.

(14) Rien dans les dispositions précédentes de la présente Règle ne doit être interprété comme portant atteinte au pouvoir qu'a la Cour aux termes de la Règle 355.

Les questions en litige

[20] Les appelants interjettent appel de l'ordonnance du juge des requêtes et demandent que l'ordonnance prononcée soit annulée en raison de son défaut de conformité avec la règle 467. Subsidiairement, ils demandent que l'ordonnance soit suspendue jusqu'à ce que l'intimé dépose une ordonnance plus détaillée et plus précise avec l'autorisation de la Cour. La demande afférente au moyen subsidiaire s'appuie sur la théorie voulant que l'allégation du défaut de conformité avec la règle 467 soit une question grave qui mérite d'être tranchée. En outre, ils disent qu'ils subiront un préjudice irréparable si la suspension n'est pas accordée et que la prépondérance des inconvénients penche en leur faveur.

[21] Avant d'entreprendre l'analyse des questions en litige, il pourrait être utile de faire certaines observations générales concernant l'approche relative aux nouvelles dispositions. Comme je l'ai dit, les règles 466 à 471 définissent l'outrage au tribunal et prescrivent la procédure à suivre dans les instances pour outrage au tribunal. Promulguées en 1998, ces dispositions remplacent les anciennes Règles 354, 355 et 2500 et font partie intégrante d'un code complet régissant l'outrage au tribunal à la Cour.

[22] They were prepared by a Statutory Rules Committee consisting of judicial members of the Court and members of the Bar appointed by the Attorney General of Canada.

[23] The Committee was assisted in its deliberations by experts in civil procedure in the two great legal systems, the common law and the civil law, operating in Canada. The Rules, as they have been promulgated, reflect trends in civil procedure and are modelled, in part on selective provincial rules.

[24] I reproduce below rule 3, which in my judgment lays down the philosophical approach that all judicial officers of the Court must heed in interpreting and applying the new Rules. Rule 3 reads:

3. These Rules shall be interpreted and applied so as to secure the just, most expeditious and least expensive determination of every proceeding on its merits.

[25] Since the coming into force of the *Federal Court Rules, 1998*, the focus must be upon “just, most expeditious and least expensive” resolution of disputes as rule 3 commands.

[26] Rules 56 to 60 deal with non-compliance with the Rules. Rules 56 and 58 are instructive and I reproduce them below.

56. Non-compliance with any of these Rules does not render a proceeding, a step in a proceeding or an order void, but instead constitutes an irregularity, which may be addressed under rules 58 to 60.

...

58. (1) A party may by motion challenge any step taken by another party for non-compliance with these Rules.

(2) A motion under subsection (1) shall be brought as soon as practicable after the moving party obtains knowledge of the irregularity.

[27] Given the provisions of rule 58, it is my opinion that the appellants’ objections to the order are premature. See in this connection *Desnoes & Geddes Ltd. v. Hart Breweries Ltd.* (2002), 17 C.P.R. (4th) 20 (F.C.T.D.), where, at paragraph 4, Dawson J. *ex meru motu* directed

[22] Les nouvelles dispositions ont été élaborées par un comité des règles composé de membres juristes de la Cour et de membres du Barreau nommés par le procureur général du Canada.

[23] Ce comité était secondé dans ses travaux par des experts en matière de procédure civile dans les deux grands régimes juridiques du Canada—la common law et le droit civil. Les Règles, telles qu’elles ont été promulguées, reflètent les tendances en matière de procédure civile et s’inspirent en partie des règles provinciales sélectives.

[24] Je reproduis ci-dessous la règle 3 qui, à mon avis, énonce l’approche philosophique dont tous les officiers de la Cour doivent tenir compte dans l’interprétation et l’application des nouvelles Règles.

3. Les présentes règles sont interprétées et appliquées de façon à permettre d’apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible.

[25] Depuis l’entrée en vigueur des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, l’accent doit être mis sur une résolution des conflits «qui soit juste et la plus expéditive et économique possible», tel que l’exige la règle 3.

[26] Les règles 56 à 60 traitent de l’inobservation des Règles. Je reproduis ci-dessous les règles 56 et 58 qui sont révélatrices.

56. L’inobservation d’une disposition des présentes règles n’entache pas de nullité l’instance, une mesure prise dans l’instance ou l’ordonnance en cause. Elle constitue une irrégularité régie par les règles 58 à 60.

[...]

58. (1) Une partie peut, par requête, contester toute mesure prise par une autre partie en invoquant l’inobservation d’une disposition des présentes règles.

(2) La partie doit présenter sa requête aux termes du paragraphe (1) le plus tôt possible après avoir pris connaissance de l’irrégularité.

[27] Compte tenu des dispositions de la règle 58, je suis d’avis que les objections des appelants à l’ordonnance sont prématurées. Voir à ce sujet la décision *Desnoes & Geddes Ltd. c. Hart Breweries Ltd.* (2002), 17 C.P.R. (4th) 20 (C.F. 1^{re} inst.), où

that a written statement particularizing each alleged act of contempt be served and filed. She did so because she was not satisfied that the show cause order in that case described the nature of the case alleged against the respondents.

[28] In light of the fact that I have characterized the appellants' objections to the order in appeal as premature, I am of the view that the appeal should be dismissed with costs. I was tempted to deal with the arguments which both counsel made to us on appeal in deference to them, but it seems to me that a judge of first instance hearing the matter might well take a view that is different from my own. For that reason, counsel of prudence requires me to refrain from passing on those arguments.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[29] DESJARDINS J.A.: I do not share entirely the views expressed by my colleague Isaac J.A. in disposing of this case, considering that I read rule 58 differently.

[30] We are seized of an appeal from an order issued by Tremblay-Lamer J. which initiates a contempt hearing under rule 467 of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106. The order is attacked on the basis that it fails to satisfy the notice and certainty requirements of rule 467. Isaac J.A. concludes that the appeal is premature and that the appellants ought to proceed by way of a motion before the Trial Division under rules 56 and 58.

1. Rules 56 and 58

[31] Rules 56 and 58 state the following:

56. Non-compliance with any of these Rules does not render a proceeding, a step in a proceeding or an order void, but instead constitutes an irregularity, which may be addressed under rules 58 to 60.

M^{me} le juge Dawson a ordonné *ex meru motu* qu'un exposé écrit détaillant chaque acte reproché soit signifié et déposé. Elle a tranché ainsi parce qu'elle n'était pas d'avis que l'ordonnance de justification délivrée dans cette affaire décrivait la nature des accusations portées contre les intimés.

[28] Considérant qu'à mon avis les objections des appelants à l'ordonnance dont appel est interjeté sont prématurées, j'estime que l'appel devrait être rejeté avec dépens. J'ai été tenté d'aborder les arguments soulevés par les deux avocats dans le présent appel par égards pour ces derniers, mais il me semble que, si l'affaire est entendue en première instance, il se peut que le juge ait une opinion différente de la mienne. Pour ce motif, j'estime qu'il est plus prudent de m'abstenir de commenter ces arguments.

* * *

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

[29] LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Je ne partage pas entièrement l'opinion exprimée par mon collègue M. le juge Isaac, J.C.A. pour trancher la présente affaire, compte tenu du fait que je donne une interprétation différente à la règle 58.

[30] La Cour est saisie d'un appel à l'encontre d'une ordonnance, prononcée par M^{me} le juge Tremblay-Lamer, qui commande la tenue d'une audience pour outrage au tribunal en vertu de la règle 467 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106. La contestation de cette ordonnance est fondée sur le défaut de conformité avec les exigences d'avis et de certitude de la règle 467. Le juge Isaac estime que l'appel est prématuré et que les appelants devraient procéder par requête présentée devant la Section de première instance conformément aux règles 56 et 58.

1. Règles 56 et 58

[31] Les règles 56 et 58 sont rédigées comme suit:

56. L'inobservation d'une disposition des présentes règles n'entache pas de nullité l'instance, une mesure prise dans l'instance ou l'ordonnance en cause. Elle constitue une irrégularité régie par les règles 58 à 60.

...

[...]

58. (1) A party may by motion challenge any step taken by another party for non-compliance with these Rules.

58. (1) Une partie peut, par requête, contester toute mesure prise par une autre partie en invoquant l'inobservation d'une disposition des présentes règles.

(2) A motion under subsection (1) shall be brought as soon as practicable after the moving party obtains knowledge of the irregularity. [My emphasis.]

(2) La partie doit présenter sa requête aux termes du paragraphe (1) le plus tôt possible après avoir pris connaissance de l'irrégularité. [Je souligne.]

[32] Rule 56 provides that non-compliance with any of the Rules does not render a proceeding, a step in a proceeding or an order void, but instead constitutes an irregularity which may be addressed under rules 58 to 60.

[32] La règle 56 prévoit que l'inobservation d'une disposition des Règles n'entache pas de nullité l'instance, une mesure prise dans l'instance ou l'ordonnance en cause mais constitue plutôt une irrégularité régie par les règles 58 à 60.

[33] Rule 58 allows a party to challenge, by motion, any steps "taken by another party" for non-compliance with the Rules. It does not, however, allow a party to challenge, by motion, an order issued by a judge for non-compliance of that order with the Rules unless such non-compliance comes as a result of "any step taken by another party".

[33] La règle 58 permet à une partie de contester par voie de requête toute mesure «prise par une autre partie» en invoquant l'inobservation d'une disposition des Règles. Il ne permet toutefois pas à une partie de contester par voie de requête une ordonnance délivrée par un juge en invoquant le défaut de conformité de l'ordonnance avec les Règles, à moins que ce défaut ne soit le résultat de «toute mesure prise par une autre partie».

[34] No party is responsible for the deficiency at stake. It is the order itself which is challenged for an irregularity committed by the judge who issued the order. Rule 58 therefore does not apply.

[34] L'irrégularité débattue n'est attribuable à aucune des parties. L'ordonnance elle-même est contestée pour une irrégularité commise par le juge qui a rendu l'ordonnance. Par conséquent, la règle 58 ne s'applique pas.

[35] The decision of Dawson J. in *Desnoes & Geddes Ltd. v. Hart Breweries Ltd.* (2002), 17 C.P.R. (4th) 20 (F.C.T.D.), is, of course, not an application of rule 58. The initiating order in *Desnoes* was made by the Associate Senior Prothonotary following an injunctive order issued by O'Keefe J. Being in doubt about the sufficiency of the initiating order, Dawson J., on the return of the initiating order, raised the failure of the order to comply with paragraph 467(1)(b) [of the Rules] and adjourned the proceeding after directing that a written statement particularizing each alleged act of contempt be served and filed.

[35] La décision de M^{me} le juge Dawson dans *Desnoes & Geddes Ltd. c. Hart Breweries Ltd.* (2002), 17 C.P.R. (4th) 20 (C.F. 1^{re} inst.), ne constitue certainement pas une application de la règle 58. Dans cette affaire, l'ordonnance introductive a été rendue par le protonotaire adjoint à la suite d'une injonction prononcée par le juge O'Keefe. Doutant de la conformité de l'ordonnance introductive, le juge Dawson, à l'audience sur l'ordonnance introductive, a soulevé la question du défaut de conformité avec l'alinéa 467(1)b [des Règles] et a ajourné l'audience après avoir ordonné qu'un exposé écrit détaillant chaque acte reproché soit signifié et déposé.

2. Rules 3 and 466 to 472

2. Règles 3 et 466 à 472

[36] I agree however with Isaac J.A.'s reading of rule 3 which dictates that the Rules be "interpreted and

[36] Je partage cependant l'opinion du juge Isaac, J.C.A. quant à l'interprétation de la règle 3 qui prescrit

applied so as to secure the just, most expeditious and least expensive determination of every proceeding on its merits.”

[37] Rules 466 to 472 establish a code governing contempt of court (Sgayias, *et al.*, *Federal Court Practice*, 2002 under rule 466, at page 845). They contemplate a two-stage procedure. The first stage is the motion for an order under rule 467 requiring the person alleged to be in contempt to appear to answer the allegations of contempt. The order may be issued where there is a *prima facie* case of contempt. The second stage is the contempt hearing itself. It is analogous to the trial of a criminal offence. The alleged contempt must be proven beyond a reasonable doubt.

[38] Dickson J. (as he then was) in *Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et al. v. Cutter (Canada) Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 388, at page 399 stated that the initiating order, known as the show cause order in former Rule 355(4), was analogous to a summons and that it was at the subsequent hearing that the contempt ultimately had to be proved. Our Court found that the initiating order was appealable when refused (*R. v. Perry*, [1982] 2 F.C. 519 (C.A.), at page 523) and also when issued (*Cutter (Canada) Ltd. v. Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et al.* (1984), 1 C.P.R. (3d) 289 (F.C.A.)). In this latter case however, Urie J., for the Court, found “premature” the appellants’ arguments that the initiating order lacked particulars in view of paragraphs 11(a) and (b) of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. He concluded that these arguments were matters to be dealt with at the trial.

[39] The appellants, as I will explain later, are raising a different and even more preliminary matter. They are

que les Règles sont «interprétées et appliquées de façon à permettre d’apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible».

[37] Les règles 466 à 472 établissent un code régissant l’outrage au tribunal (voir les notes se rapportant à la règle 466 dans Sgayias, *et al.*, *Federal Court Practice*, 2002, à la page 845). Elles prévoient une procédure en deux étapes. La première étape est celle de la demande par voie de requête d’une ordonnance, prévue à la règle 467, qui enjoint à la personne à qui l’outrage au tribunal est reproché de comparaître pour répondre aux allégations d’outrage. L’ordonnance peut être accordée sur une preuve *prima facie* de l’outrage reproché. La seconde étape est celle de l’audience sur l’outrage au tribunal elle-même, laquelle s’apparente à une instance criminelle. La preuve de l’outrage reproché doit être établie hors de tout doute raisonnable.

[38] M. le juge Dickson (plus tard juge en chef) a affirmé, à la page 399 de l’arrêt *Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et autres c. Cutter (Canada) Ltd.*, [1983] 2 R.C.S. 388, que l’ordonnance introductive, désignée «ordonnance de justification» dans l’ancienne Règle 355(4), était semblable à une assignation et que l’outrage devait en définitive être prouvé à l’audience subséquente. Notre Cour a établi que l’ordonnance introductive était susceptible d’appel lorsqu’elle était refusée (voir *R. c. Perry*, [1982] 2 C.F. 519 (C.A.), à la page 523) et lorsqu’elle était accordée (*Cutter (Canada) Ltd. c. Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et autres* (1984), 1 C.P.R. (3d) 289 (C.A.F.)). Dans cette dernière décision, toutefois, le juge Urie, s’exprimant au nom de la Cour, a estimé que les arguments des appelants, selon lesquels l’ordonnance introductive ne fournissait pas tous les détails au regard des alinéas 11a) et b) de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] étaient «prématurés». Il a conclu que ces arguments constituaient des questions qui devaient être tranchées à l’instruction.

[39] Les appelants, comme je l’expliquerai plus loin, soulève une question différente et encore plus prélimi-

concerned with the proper understanding of the case against them and consequently with the sufficiency of the particulars in that regard. They want to know who is to respond to the order, what case they will have to meet and what evidence may be led against them. They are not at the point of being ready to raise a defence. They are concerned with the non-compliance of the initiating order with the Rules, not with the Charter.

[40] Although I find rule 58 inapplicable, (and for that matter rules 59 and 60 are also inapplicable), it would be undesirable, in my view, that the sequence between the first and the second stage of the contempt proceeding be severed with an appeal. The matter raised should better be dealt with by the trial judge at the beginning of the contempt hearing. An appeal would encourage dilatoriness. This case may be an example of dilatoriness and I shall explain why.

3. The issue before us

a) The current Rules versus the former Rules

[41] The current Rules are more stringent than the former Rules with respect to an initiating order of contempt. For the purpose of convenience, I will reproduce subsection 467(1) of the current Rules and subsection 355(4) of the former Rules:

Current subsection 467(1)

467. (1) Subject to rule 468, before a person may be found in a contempt of Court, the person alleged to be in contempt shall be served with an order, made on the motion of a person who has an interest in the proceeding or at the Court's own initiative, requiring the person alleged to be in contempt

(a) to appear before a judge at a time and place stipulated in the order;

(b) to be prepared to hear proof of the act with which the person is charged, which shall be described in the order with sufficient particularity to enable the person to know the nature of the case against the person; and

(c) to be prepared to present any defence that the person may have. [My emphasis.]

naire. Ils ne sont pas sûrs de bien comprendre les accusations portées contre eux et, par conséquent, ils s'interrogent au sujet de la suffisance des détails fournis à cet égard. Ils veulent savoir qui doit répondre à l'ordonnance, ce qu'on leur reproche et quels sont les éléments de preuve susceptibles d'être présentés contre eux. Ils ne sont pas encore prêts à présenter une défense. Ils sont préoccupés par le défaut de conformité de l'ordonnance introductive avec les Règles, non avec les dispositions de la Charte.

[40] Même si j'estime que la règle 58 est inapplicable (et pour cette raison, il en va de même pour les règles 59 et 60), il serait peu souhaitable, à mon avis, que la procédure pour outrage au tribunal soit interrompue par un appel entre la première et la deuxième étape. Il vaudrait mieux que la question soulevée soit tranchée par le juge de première instance au début de l'audience sur l'outrage au tribunal. Un appel encouragerait les manœuvres dilatoires. La présente affaire peut être un exemple de manœuvre dilatoire et j'expliquerai pourquoi.

3. La question en litige dont la Cour est saisie

a) Comparaison des nouvelles et des anciennes dispositions

[41] Les Règles actuelles concernant l'ordonnance introductive pour outrage au tribunal sont plus strictes que les anciennes. Par souci de commodité, je reproduis ci-dessous le paragraphe 467(1) des Règles actuelles et l'ancien paragraphe 355(4).

Paragraphe 467(1) actuel

467. (1) Sous réserve de la règle 468, avant qu'une personne puisse être reconnue coupable d'outrage au tribunal, une ordonnance, rendue sur requête d'une personne ayant un intérêt dans l'instance ou sur l'initiative de la Cour, doit lui être signifiée. Cette ordonnance lui enjoint:

a) de comparaître devant un juge aux date, heure et lieu précisés;

b) d'être prête à entendre la preuve de l'acte qui lui est reproché, dont une description suffisamment détaillée est donnée pour lui permettre de connaître la nature des accusations portées contre elle;

c) d'être prête à présenter une défense. [Je souligne.]

Former Rule 355(4)

Rule 355. . . .

(4) No one may be condemned for contempt of court committed out of the presence of the judge, unless he has been served with a show cause order ordering him to appear before the Court, on the day and at the hour fixed to hear proof of the acts with which he is charged and to urge any grounds of defence that he may have. The show cause order issued by the judge of his own motion or on application must be served personally, unless for valid reasons another mode of service is authorized. The application for the issuance of the show cause order may be presented without it being necessary to have it served. [My emphasis.]

[42] Besides referring only to “an order” and not a “show cause order”, a term which should now be abandoned, the current rule requires that the order describe “with sufficient particularity” the act with which the person is charged “to enable the person to know the nature of the case against the person”. The current subsection 467(1) codifies early common law requirements. Sgayias *et al.*, *loc. cit.*, under rule 466, at page 845 explain the current rule in the following manner:

The rules contemplate a two-stage procedure. The first stage is the motion for an order under rule 467 requiring the person alleged to be in contempt to appear to answer the allegations of contempt. This is similar to the show cause order under former rule 355(4). The order may be obtained *ex parte*: rule 467(2) and on the basis of affidavit evidence. Rule 467(3) reflects the jurisprudence in providing that the order may be issued where there is a *prima facie* case of contempt. The requirement that the order set out the alleged acts of contempt with sufficient particularity is now codified as well: rule 467(1)(b).

The second stage is the contempt hearing. This is analogous to the trial of a criminal offence. The alleged contempt must be proven beyond a reasonable doubt: rule 469, and see *Bhatnager v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 S.C.R. 217 (S.C.C.). Evidence at the hearing is oral and the person alleged to be in contempt cannot be compelled to testify: rule 470. [My emphasis.]

Ancienne Règle 355(4)

Règle 355. [. . .]

(4) Une personne ne peut être condamnée pour outrage au tribunal commis hors de la présence du juge que s’il lui a été signifié une ordonnance de justification lui enjoignant de comparaître devant la Cour, au jour et à l’heure fixés pour entendre la preuve des actes dont il est accusé et pour présenter, le cas échéant, sa défense en exposant les raisons de sa conduite. Cette ordonnance, rendue par le juge soit de sa propre initiative, soit sur demande, doit obligatoirement être signifiée à personne, à moins qu’un autre mode de signification ne soit autorisé pour des raisons valables. La demande d’ordonnance de justification enjoignant d’exposer les raisons peut être présentée sans qu’il soit nécessaire de la faire signifier. [Je souligne.]

[42] Outre la référence à «une ordonnance» plutôt qu’à «une ordonnance de justification», un terme qui devrait désormais être abandonné, l’article actuel exige que l’ordonnance donne «une description suffisamment détaillée» de l’acte reproché à la personne «pour lui permettre de connaître la nature des accusations portées contre elle». Le paragraphe 467(1) codifie les exigences antérieures de la common law. Sgayias *et al.*, *loc. cit.*, sous la rubrique traitant de la règle 466, à la page 845, décrit la nouvelle règle dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Les règles prévoient une procédure en deux étapes. La première étape est celle de la requête en vue d’obtenir l’ordonnance visée à la règle 467 pour enjoindre à la personne à qui l’outrage est reproché de comparaître pour répondre aux allégations d’outrage. Cette étape s’apparente à celle de l’ordonnance de justification prévue à l’ancienne règle 355(4). L’ordonnance peut être obtenue *ex parte* conformément à la règle 467(2) et sur présentation d’une preuve par affidavit. La règle 467(3) qui prévoit que l’ordonnance peut être accordée s’il existe une preuve *prima facie* de l’outrage reproché est le reflet de la jurisprudence. La règle exigeant que l’ordonnance énonce les actes reprochés suivant une description suffisamment détaillée est maintenant codifiée à la règle 467(1)b).

La seconde étape est celle de l’audience pour outrage au tribunal. Celle-ci s’apparente à une instance criminelle. La preuve de l’outrage reproché doit être établie hors de tout doute raisonnable. Voir la règle 469 et *Bhatnager c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1990] 2 R.C.S. 217 (C.S.C.). Les témoignages à l’audience sont donnés oralement et la personne à qui l’outrage est reproché ne peut être contrainte à témoigner. Voir la règle 470. [Non souligné dans l’original.]

b) The order under appeal

[43] Tremblay-Lamer J., at the outset, carefully referred to the motion record. The initiating order, she then issued, states in its operative parts:

On reading the Motion Record and on hearing the submissions of counsel for the parties via teleconference.

1. THIS COURT ORDERS THAT the Band Council Resolution dated May 16, 2001, is of no force and effect as against 544282 Ontario Inc. c.o.b. as Hideaway Campground.

2. THIS COURT ORDERS THAT the Respondent, its agents and servants or any person acting under its instructions is to remove all signs marked "Closed" from the area in the vicinity of the business premises of 544282 Ontario Inc. c.o.b. as Hideaway Campground. Any other person having knowledge of this Order is permitted to remove all signs marked "Closed" from the area in the vicinity of the business premises of 544282 Ontario Inc. c.o.b. as Hideaway Campground.

3. THIS COURT ORDERS THAT the Respondent and Chief Randal Roote be required to attend before a Judge of this Honourable Court at Toronto on Monday, June 4, 2002, commencing at 10:00 a.m. in the forenoon or as soon after that time as the matter can be heard, to show cause why they should not be found in contempt of the Order of the Honourable Mr. Justice O'Keefe, dated August 4, 2002, which forbids the Respondent, its agents and servants or any person acting under its instructions and any other person having notice of that Order from closing down, hindering, preventing, or interfering in any way with the business operations of 544282 Ontario Inc. cob as Hideaway Campground. [My emphasis.]

[44] The Band Council Resolution, which under paragraph 1 of the order is declared of no force and effect, was adopted by the appellant Council on May 16, 2001. It reads:

BE IT RESOLVED

that we, the Saugeen Band Council hereby direct all campgrounds to be closed to all campers effective Wednesday, May 16, 2001 for an indefinite period of time due to threats of violence.

b) L'ordonnance frappée d'appel

[43] M^{me} le juge Tremblay-Lamer a d'abord fait soigneusement référence au dossier de la requête. L'ordonnance introductive qu'elle a ensuite rendue énonce le dispositif suivant:

[TRADUCTION] Après avoir pris connaissance du dossier de la requête et entendu les arguments des parties par téléconférence,

1. LA COUR ORDONNE QUE la résolution du Conseil de bande, portant la date du 16 mai 2001, n'ait pas force exécutoire à l'endroit de 544282 Ontario Inc. faisant affaire sous la raison sociale de Hideaway Campground.

2. LA COUR ORDONNE QUE l'intimé, ses représentants et préposés ou quiconque obéit à ses instructions retirent tous les écriteaux portant l'inscription «Fermé» dans la zone à proximité des lieux d'exploitation de 544282 Ontario Inc. faisant affaire sous la raison sociale de Hideaway Campground. Quiconque prenant connaissance de la présente ordonnance peut retirer tous les écriteaux portant l'inscription «Fermé» dans la zone à proximité des lieux d'exploitation de 544282 Ontario Inc. faisant affaire sous la raison sociale de Hideaway Campground.

3. LA COUR ORDONNE QUE l'intimé et le chef Randal Roote soient tenus de comparaître devant un juge de la Cour, à Toronto, le lundi 4 juin 2002, à 10 h en matinée ou aussitôt que l'affaire pourra être entendue après cette heure, pour expliquer pourquoi ils ne devraient pas être déclarés coupables d'outrage au tribunal relativement à l'ordonnance prononcée le 4 août 2002 par M. le juge O'Keefe, laquelle interdit à l'intimé, à ses représentants et préposés et à quiconque obéit à ses instructions ou prend connaissance de cette ordonnance de clore, de gêner, d'empêcher ou de perturber d'une façon quelconque les activités de 544282 Ontario Inc. faisant affaire sous la raison sociale de Hideaway Campground. [Non souligné dans l'original.]

[44] La résolution du Conseil de bande qui, en vertu du paragraphe premier de l'ordonnance, est déclarée comme étant sans force exécutoire, a été adoptée par le Conseil appelant le 16 mai 2001. Cette résolution est rédigée comme suit:

[TRADUCTION]

IL EST RÉSOLU:

que nous, le Conseil de bande Saugeen, par les présentes, ordonnons la fermeture de tous les terrains de camping à compter du mercredi 16 mai 2001, pour une période de temps indéterminée, en raison des menaces de violence.

FURTHER that a news release will be made notifying the indefinite closure of all campgrounds.

[45] Paragraph 2 then orders that the appellants, their agents and servants or any person acting under their instructions remove all signs marked “Closed” from the area in the vicinity of the business premises of the respondents.

[46] Finally, paragraph 3 gives the time and place at which a “show cause” hearing will be held, to determine why the appellants should not be found in contempt of the order of O’Keefe J. forbidding those enumerated in the order from “closing down, hindering, preventing or interfering in any way with the business” of the appellants.

[47] Despite the use of the words “show cause”, the appellants concede that they were not misled about the nature of the hearing and that they do not face a reverse onus (see paragraph 30 of their memorandum of fact and law). They express concern, however, as to who is to respond to the order, what case they will have to meet and what evidence may be led against them.

c) The identity of the alleged contemnors

[48] The appellants submit that the use of the term “Respondent” in reference to the Council is insufficiently precise because it does not identify the individuals who are directed to attend the hearing. The appellants have some doubt whether the Council is named in its capacity as a quasi-corporate entity or is intended to include all the councillors individually.

[49] I find no justification for this contention.

[50] Rule 467 sets out the procedure required to find a “person” in contempt. Rule 2 defines “person” as including “a tribunal, an unincorporated association and a partnership”. The word “tribunal”, on the other hand, is said by rule 2 to have the same meaning as “federal board, commission or other tribunal” in the *Federal*

ET QU’un communiqué de presse sera préparé pour annoncer la fermeture de tous les terrains de camping pour une durée indéterminée.

[45] Le deuxième paragraphe ordonne ensuite que les appelants, leurs représentants et préposés ainsi que quiconque obéit à leurs instructions retirent tous les écriteaux portant l’inscription «Fermé» dans la zone à proximité des lieux d’affaires des intimés.

[46] Finalement, le troisième paragraphe établit l’heure et le lieu de la tenue de l’audience à laquelle les appelants devront se présenter pour «expliquer» pourquoi ils ne devraient pas être déclarés coupables d’outrage au tribunal relativement à l’ordonnance du juge O’Keefe qui interdit aux personnes nommées dans l’ordonnance «de clore, de gêner, d’empêcher ou de perturber d’une façon quelconque les activités» des intimés.

[47] Malgré l’utilisation du mot «expliquer», les appelants reconnaissent ne pas avoir été induits en erreur à propos de la nature de l’audience et savent qu’ils ne sont pas confrontés à un renversement du fardeau de preuve (voir le paragraphe 30 de leur mémoire des faits et du droit). Ils ont toutefois exprimé leur inquiétude quant à savoir qui doit répondre à l’ordonnance, ce qu’on leur reproche et quels sont les éléments de preuve susceptibles d’être présentés contre eux.

c) Identification des auteurs présumés de l’outrage

[48] Les appelants font valoir que le terme «intimé» utilisé pour désigner le Conseil n’est pas assez précis parce qu’il n’identifie pas les personnes à qui il est ordonné de comparaître à l’audience. Les appelants ne sont pas certains que l’ordonnance vise le Conseil en tant que quasi-personne morale ou tous et chacun des conseillers qui le compose.

[49] Je ne vois aucune justification à cet argument.

[50] La règle 467 énonce la procédure requise pour déclarer une «personne» coupable d’outrage au tribunal. Selon la définition donnée à la règle 2, le terme «personne» s’entend notamment «d’un office fédéral, d’une association sans personnalité morale et d’une société de personnes». Par ailleurs, la règle 2 de la

Court Act [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 2(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1)].

[51] This Court has ruled that a band council is a “federal board” within the meaning of subsection 2(1) of the *Federal Court Act* (see *Canatonquin v. Gabriel*, [1980] 2 F.C. 792 (C.A.)). In *Manitoba Teachers’ Society v. Chief, Forst Alexander Reserve*, [1984] 1 F.C. 1109 (T.D), the Band Council itself was found guilty of contempt under the former Rules of the Court.

[52] The definition of “person” and prior jurisprudence confirm that a band council itself is a distinct entity for the purpose of contempt proceedings. The order of Tremblay-Lamer J. does not, therefore, create any uncertainty as to the identity of the alleged contemnors by naming the appellant Council.

d) Particulars of the alleged contemptuous acts

[53] The order refers to the alleged contemptuous acts of “closing down, hindering, preventing or interfering in any way” with the business operations of the respondent.

[54] There is no specific enumeration of these acts. What paragraph 467(1)(b) requires is that the acts complained of be set out “with sufficient particularity to enable the person to know the nature of the case against the person”. The sufficiency of the particular is a matter of degree. It has both an objective and a subjective component.

[55] Neither the appellant Council nor Chief Roote contradicted the affidavits contained in the motion record referred to by Tremblay-Lamer J. in her order. This motion record indicates the following:

version anglaise seulement indique que le terme anglais «tribunal» utilisé dans la définition du mot «person» a la même signification que le groupe de mots «federal board, commission or other tribunal» ou l'équivalent français «office fédéral» dont on trouve la définition dans les versions anglaise et française de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2(1) (mod par L.C. 1990, ch. 8, art. 1)].

[51] Il a été établi par notre Cour qu'un conseil de bande est un «office fédéral» au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* (voir *Canatonquin c. Gabriel*, [1980] 2 C.F. 792 (C.A.)). Dans la décision *Manitoba Teachers’ Society c. Chef, réserve de Fort Alexander*, [1984] 1 C.F. 1109 (1^{re} inst.), le conseil de bande lui-même a été déclaré coupable d'outrage au tribunal en vertu des anciennes règles de la Cour.

[52] La définition du terme «personne» et la jurisprudence antérieure confirment qu'un conseil de bande constitue en soi une entité distincte pour les besoins de la procédure pour outrage au tribunal. L'ordonnance du juge Tremblay-Lamer ne crée pas par conséquent d'incertitude quant à l'identité des auteurs présumés de l'outrage au tribunal en désignant le Conseil appellant.

d) Détails des actes reprochés

[53] L'ordonnance précise que les actes présumés d'outrage au tribunal étaient «de clore, de gêner, d'empêcher ou de perturber d'une façon quelconque» les activités commerciales des intimés.

[54] Ces actes ne sont pas énumérés expressément. L'alinéa 467(1)(b) prescrit que les actes reprochés à la personne accusée d'outrage au tribunal doivent être énoncés dans une description «suffisamment détaillée [...] pour lui permettre de connaître la nature des accusations portées contre elle». La suffisance des détails est une question de degré et consiste en un élément objectif et un élément subjectif.

[55] Les affidavits versés au dossier de la requête, sur lesquels s'est appuyée le juge Tremblay-Lamer, n'ont été contestés ni par le Conseil de bande ni par le chef Roote. Le dossier de la requête indique ce qui suit:

(a) that on May 16, 2001, Band Council had executed BCR 4 purporting to close all campgrounds on the Saugeen First Nation

(b) that Chief Roote had attended at Hideaway Campground on May 17, 2001, and stated that he would close it down and that the order of O'Keefe did not matter.

(c) that, on May 18, 2001, the Band Council placed "Closed" signs around Hideaway Campground.

(d) that, on May 18, 2001, Chief Roote and members of the Band Council were maintaining the blockade of the premises on Hideaway Campground.

[56] It is true that these alleged contemptuous acts are not specifically mentioned in the initiating order. But the motion record, in which they can be found, is incorporated by reference in the initiating order and the particulars were known to the appellants.

[57] This second issue raised by the appellants is therefore purely one of form.

4. Conclusion

[58] I conclude that this matter should proceed to the second stage before the Trial Division without the delay inherent in an appeal process. The judge who will preside over the contempt hearing will be in a position to make sure that the new subsection 467(1) of the new Rules is complied with.

[59] I would dismiss this appeal. I would however order no costs since the matter raised concerns the interpretation and application of the new Rules.

MALONE J.A.: I agree.

[TRADUCTION]

a) Que le 16 mai 2001, le Conseil de bande a adopté la résolution RCB4 pour censément fermer tous les terrains de camping sur la réserve de la Première nation Saugeen.

b) Que le chef Roote s'était rendu au camping Hideaway le 17 mai 2001 et avait affirmé qu'il le fermerait définitivement et que l'ordonnance du juge O'Keefe importait peu.

c) Que le 18 mai 2001, le Conseil de bande a installé des écriteaux portant l'inscription «Fermé» autour du camping Hideaway.

d) Que le 18 mai 2001, le chef Roote et les membres du Conseil de bande continuaient de bloquer l'accès au camping Hideaway.

[56] Il est vrai que les actes d'outrage reprochés ne sont pas expressément mentionnés dans l'ordonnance introductive. Toutefois, ils le sont dans le dossier de la requête auquel l'ordonnance introductive fait référence. Les détails étaient donc connus des appelants.

[57] La seconde question soulevée par les appelants en est donc une de forme uniquement.

4. Conclusion

[58] Je conclus que la présente affaire devrait passer à la seconde étape de la procédure devant la Section de première instance sans attendre le délai inhérent au processus d'appel. Le juge qui présidera l'audience pour outrage au tribunal sera en mesure de s'assurer de la conformité avec les dispositions du paragraphe 467(1) des nouvelles Règles.

[59] Je rejeterais l'appel. Je n'adjugerais toutefois pas de dépens puisque la question soulevée concerne l'interprétation et l'application des nouvelles Règles.

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

A-387-01
2003 FCA 111

A-387-01
2003 CAF 111

The Council of the Saugeen First Nation No. 29 and Chief Randal Roote (*Appellants*)

Le Conseil de la Première nation Saugeen n° 29 et le chef Randal Roote (*appelants*)

v.

c.

James Sebastian and 544282 Ontario Inc. c.o.b. as Hideaway Campground (*Respondents*)

James Sebastian et 544282 Ontario Inc. faisant affaire sous la raison sociale de Hideaway Campground (*intimés*)

INDEXED AS: SEBASTIAN v. SAUGEEN FIRST NATION NO. 29 (COUNCIL OF) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: SEBASTIAN c. PREMIÈRE NATION SAUGEEN N° 29 (CONSEIL) (C.A.)

Court of Appeal, Desjardins, Isaac and Malone J.J.A.—Toronto, October 7, 2002; Ottawa, January 22 and March 5, 2003.

Section d'appel, juges Desjardins, Isaac et Malone, J.C.A.—Toronto, 7 octobre 2002; Ottawa, 22 janvier et 5 mars 2003.

Practice — Costs — Offers to settle — After delivery of judgment, Court informed both parties had made offers to settle which had never been revoked — No validity in appellants' offer — As respondents' offer reasonably in line with reasons for judgment of majority, Federal Court Rules, 1998, rr. 400(3)(e), 420(2)(b) applied.

Pratique — Frais et dépens — Offres de règlement — Après le prononcé du jugement, la Cour a été informée que les parties avaient fait des offres de règlement qui n'ont jamais été révoquées — L'offre des appelants n'était pas valable — Comme l'offre de règlement faite par les intimés cadre raisonnablement avec les motifs du jugement de la majorité, les alinéas 400(3)e et 420(2)b des Règles de la Cour fédérale (1998) sont appliqués.

In this case ([2003] 3 F.C. 48), the Court was seized of an appeal from an order issued by Tremblay-Lamer J., which initiated a contempt hearing under rule 467 of the *Federal Court Rules, 1998*. The order was attacked on the basis that it failed to satisfy the notice and certainty requirements of rule 467. The appellants won their case in form but not in substance. After the delivery of the judgment in the Court of Appeal, the respondents informed the Court of the existence of an offer to settle that they had served on the appellants almost 11 months before the hearing of the appeal. The offer had never been revoked. They now claimed that they were entitled, under paragraphs 400(3)(e) and 420(2)(b) of the *Federal Court Rules, 1998*, to party-and-party costs to the date of service of the offer and double such costs from that date to the date of judgment. The appellants had also served on the respondents an offer to settle which had never been revoked. These were supplementary reasons respecting costs.

Dans la présente affaire ([2003] 3 F.C. 48), la Cour a été saisie d'un appel interjeté à l'encontre d'une ordonnance, prononcée par le juge Tremblay-Lamer, qui commandait la tenue d'une audience pour outrage au tribunal en vertu de la règle 467 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*. La contestation de cette ordonnance était fondée sur le défaut de conformité avec les exigences d'avis et de certitude de la règle 467. Les appelants ont eu gain de cause sur la forme mais non sur le fond. Après le prononcé du jugement par la Section d'appel, les intimés ont informé la Cour de l'existence d'une offre de règlement qu'ils avaient signifiée aux appelants presque 11 mois avant l'instruction de l'appel. Cette offre n'a jamais été révoquée. Ils soutiennent maintenant qu'ils ont droit, en vertu des alinéas 400(3)e et 420(2)b des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, aux dépens partie-partie jusqu'à la date de signification de l'offre et au double de ces dépens à compter de cette date jusqu'à la date du jugement. Les appelants avaient également signifié aux intimés une offre de règlement qui n'a jamais été révoquée. Les présents motifs sont des motifs supplémentaires relatifs aux dépens.

In the appeal from the interlocutory motion, the majority ruled that the order of Tremblay-Lamer J. failed in form since it did not contain the particulars that would have enabled the

Dans la décision d'appel de la requête interlocutoire, la majorité a tranché qu'un vice de forme entachait l'ordonnance du juge Tremblay-Lamer, celle-ci ne renfermant pas les détails

appellants to know the nature of the case against them. The order also failed by using the phrase “show cause”, a term that is now obsolete on account of the new Rules. The majority was also of the view that rules 56 and 58 of the *Federal Court Rules, 1998* did not apply. In addition, it held that no appeal process should be permitted and that the case should be returned to the Trial Division for the second stage of the contempt proceedings considering that the presiding judge would be well capable of remedying the deficiencies in the initiating order at the beginning of the hearing. Isaac J.A. would have disposed of the case under rules 56 to 60. The majority ordered no costs in view of the new rules concerning contempt. The appellants had won their case in form but not in substance. They did not obtain judgment since the majority concluded that the Court of Appeal was not the proper forum for obtaining a remedy in the face of an order which was deficient. Isaac J.A., dissenting on the issue of costs, would have awarded costs to the respondents.

Held, the respondents were entitled to the award of costs they sought under paragraphs 400(3)(e) and 420(2)(b).

Per Desjardins J.A. (Malone J.A. concurring): The offer to settle made by the respondents was reasonably in line with the reasons for judgment of the majority. Had that offer been accepted by the appellants, time and money would have been spared and the matter would have proceeded expeditiously. There was little validity in the appellants’ reasons for refusing the respondents’ offer to settle and there was no validity in the appellants’ offer to settle.

Although the Rules do not contemplate a situation where offers are made by both parties, the respondents were entitled, under the terms of paragraph 420(2)(b), to party-and-party costs to the date of service of the appellants’ offer to settle, and double such costs, excluding disbursements, from that date to the date of judgment.

Per Isaac J.A.: It is clear from a reading of rule 56 of the *Federal Court Rules, 1998*, that non-compliance with any rule does not render an order void, rather, such non-compliance constitutes an irregularity to be dealt with under rules 58 to 60. The appellants knew or should have known that they could not have obtained the grant of a stay or the quashing of the order of Tremblay-Lamer J. Furthermore, the appellants were seeking relief from this Court to which they were not entitled. In these circumstances, and having regard to the long lapse of time between the respective offers to settle, the respondents’ offer to settle should be taken into account in awarding and allocating costs. The respondents should therefore be entitled to party-and-party costs of the appeal, pursuant to rule 420(2)(b), to the date of service of the respondents’ offer to

qui auraient permis aux appelants de connaître la nature de la preuve présentée contre eux. L’ordonnance était également fautive par le recours à l’expression «expliquer», que les nouvelles règles ont rendu obsolète. La majorité était d’avis que les règles 56 et 58 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* n’étaient pas applicables. Elle a en outre statué qu’il ne fallait pas autoriser d’appel, l’affaire devant être renvoyée à la Section de première instance pour la seconde étape de la procédure pour outrage, le juge qui préside étant facilement en mesure de remédier au début de l’audience aux vices entachant l’ordonnance initiale. Le juge Isaac aurait tranché l’affaire sur le fondement des règles 56 à 60. Les juges de la majorité ont ordonné, sur le fondement des nouvelles règles en matière d’outrage, qu’aucuns dépens ne soient adjugés. Les appelants avaient eu gain de cause sur la forme mais non sur le fond. Ils n’ont pas obtenu jugement, la majorité ayant conclu que la Cour d’appel n’était pas le tribunal approprié pour obtenir réparation en regard d’une ordonnance viciée. Le juge Isaac, dissident quant à la question des dépens, aurait accordé les dépens aux intimés.

Arrêt: les intimés avaient droit aux dépens réclamés en vertu des alinéas 400(3)(e) et 420(2)(b).

Le juge Desjardins, J.C.A. (avec l’appui du juge Malone, J.C.A.): L’offre de règlement faite par les intimés cadre raisonnablement avec les motifs du jugement de la majorité. Si les appelants avaient accepté cette offre, du temps et de l’argent auraient été épargnés et l’affaire aurait rapidement été traitée. Les motifs pour lesquels les appelants ont rejeté l’offre de règlement des intimés n’étaient guère valables. L’offre de règlement des appelants n’était pas valable.

Bien que les Règles ne prévoient pas de situation où chacune des parties fait une offre, les intimés avaient droit, en vertu de l’alinéa 420(2)(b), aux dépens partie-partie jusqu’à la date de signification de leur offre de règlement et au double de ces dépens, à l’exclusion des débours, à compter de cette date jusqu’à la date du jugement.

Le juge Isaac, J.C.A.: Il ressort clairement de la règle 56 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* que l’inobservation d’une disposition ne rend pas une ordonnance nulle, mais constitue plutôt une irrégularité à l’égard de laquelle il faut appliquer les règles 58 à 60. Les appelants savaient ou auraient dû savoir qu’ils n’auraient pu obtenir un sursis d’exécution ou l’annulation de l’ordonnance du juge Tremblay-Lamer. En outre, les appelants ont tenté d’obtenir de notre Cour une mesure de redressement à laquelle ils n’avaient pas droit. Dans ces circonstances et eu égard au long délai entre les deux offres de règlement, on aurait dû prendre en compte l’offre de règlement des intimés dans l’attribution des dépens. Par conséquent, les intimés devraient avoir droit, en vertu de

settle, and to double party-and-party costs from then to the date of judgment.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 3, 56, 57, 58, 59, 60, 400(3)(e), 419, 420, 421, 422, 467.

SUPPLEMENTARY REASONS RESPECTING COSTS. In view of the respondents' offer to settle, which was never revoked, the respondents were awarded, under the terms of *Federal Court Rules, 1998*, paragraph 420(2)(b), party-and-party costs to the date of the service of their offer to settle and double such costs, excluding disbursements, from then to the date of judgment.

APPEARANCES:

Derek T. Ground for the appellants.
James P. McReynolds for the respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

William B. Henderson, Toronto, for appellants.
Solmon Rothbart Goodman LLP, Toronto, for respondents.

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

[1] DESJARDINS J.A.: By letter dated January 24, 2003, after the delivery of our judgment dated January 22, 2003, the respondents informed the Court of the existence of an offer to settle which they served on the appellants on November 22, 2001, almost 11 months before the hearing of the appeal. The respondents' offer to settle, which was never revoked, read:

The Respondents, JAMES SEBASTIAN and 544282 ONTARIO INC., c.o.b. as HIDEAWAY CAMPGROUND, offers to settle this appeal on the following terms:

1. Paragraph 3 of the Order of the Honourable Madam Justice Lamer-Tremblay, dated May 18, 2001, shall be varied to read as follows:

l'alinéa 420(2)b), aux dépens partie-partie relativement à l'appel jusqu'à la date de signification de leur offre de règlement et au double de ces dépens à compter de cette date jusqu'à la date du jugement.

LOIS ET RÉGLEMENTS

Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 3, 56, 57, 58, 59, 60, 400(3)e), 419, 420, 421, 422, 467.

MOTIFS SUPPLÉMENTAIRES RELATIFS AUX DÉPENS. En raison de leur offre de règlement, laquelle n'a jamais été révoquée, les intimés avaient droit, en vertu de l'alinéa 420(2)b) des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, aux dépens partie-partie jusqu'à la date de signification de l'offre de règlement et au double de ces dépens, à l'exclusion des débours, à compter de cette date jusqu'à la date du jugement.

ONT COMPARU:

Derek T. Ground pour les appelants.
James P. McReynolds pour les intimés.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

William B. Henderson, Toronto, pour les appelants.
Solmon Rothbart Goodman LLP, Toronto, pour les intimés.

Ce qui suit est la version française des motifs supplémentaires rendus par

[1] LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Au moyen d'une lettre datée du 24 janvier 2003, soit après le prononcé de notre jugement du 22 janvier 2003, les intimés ont informé la Cour de l'existence d'une offre de règlement qu'ils avaient signifiée aux appelants le 22 novembre 2001, presque 11 mois avant l'instruction de l'appel. Voici le libellé de cette offre de règlement, qui n'a jamais été révoquée:

[TRADUCTION] Les intimés, JAMES SEBASTIAN et 544282 ONTARIO INC., faisant affaire sous la raison sociale de HIDEAWAY CAMPGROUND, présentent l'offre de règlement suivante relativement à l'appel.

1. Le paragraphe 3 de l'ordonnance de M^{me} le juge Lamer-Tremblay, datée du 18 mai 2001, est modifiée et remplacée par ce qui suit:

3. THIS COURT ORDERS THAT THE COUNCIL OF THE SAUGEEEN FIRST NATION #29 and CHIEF RANDAL ROOTE are to appear before this Court at 330 University Avenue, 7th Floor, Toronto, Ontario, on [date and time to be fixed within 45 days of date of order], to hear proof of the acts of contempt alleged and to give any grounds of defence they wish to put forward.

THE PARTICULARS of the alleged acts of contempt committed by Chief Roote are:

1. Breaching the Order of the Honourable Mr. Justice O'Keefe dated August 4, 2000, by attending at the Hideaway Campground on the evening of May 17, 2001, and advising James Sebastian that he would do whatever it took to shut down Hideaway Campground.

THE PARTICULARS of the alleged acts of contempt committed by Chief Roote and the Council of the Saugeen First Nation # 29 are:

1. Breaching the Order of the Honourable Mr. Justice O'Keefe, dated August 4, 2000, by issuing a Band Council Resolution titled "Motion No. 04", dated May 16, 2001, directing that all campgrounds on the Saugeen First Nation #29 be closed.
2. Breaching the Order of the Honourable Mr. Justice O'Keefe dated August 4, 2000, by placing, or directing to be placed, signs marked "Closed" around the entrance of Hideaway Campground.
3. Breaching the Order of the Honourable Mr. Justice O'Keefe dated August 4, 2000, by encouraging and participating in a blockade of the entrance of Hideaway Campground on May 18, 2001.
4. Breaching the Order of the Honourable Mr. Justice O'Keefe dated August 4, 2000, by closing down, hindering, preventing, or interfering in any way with the business operations of 544282 Ontario Inc. cob as Hideaway Campground.

2. The Order of the Honourable Madam Justice Lamer-Tremblay dated May 18, 2001, shall be varied to include a paragraph 7, which shall read as follows:

7. THIS COURT ORDERS THAT service of this Order, and any supporting documents, shall be effected by service of same upon William B. Henderson, Barrister & Solicitor, counsel for the Respondent and Chief Randal Roote.

This Offer to Settle remains in effect until one minute after the commencement of the hearing of this appeal, unless otherwise revoked.

3. LA COUR ORDONNE QUE LE CONSEIL DE LA PREMIÈRE NATION SAUGEEEN n° 29 et le CHEF RANDAL ROOTE comparaissent devant la Cour, au 330 avenue University, 7^e étage, Toronto (Ontario), le [date et heure, dans les 45 jours suivant la date de l'ordonnance, à déterminer], pour entendre la preuve concernant les allégations d'outrage et faire valoir tout moyen de défense qu'ils jugent approprié.

VOICI LES DÉTAILS quant aux allégations d'outrage à l'endroit du chef Roote:

1. Il a enfreint l'ordonnance du 4 août 2000 de M. le juge O'Keefe en se trouvant au Hideaway Campground le soir du 17 mai 2001 et en informant James Sebastian qu'il ferait tout ce qui serait nécessaire pour faire fermer ce terrain de camping.

VOICI LES DÉTAILS quant aux allégations d'outrage à l'endroit du chef Roote ainsi que du Conseil de la première nation Saugeen n° 29:

1. Ils ont enfreint l'ordonnance du 4 août 2000 du juge O'Keefe en adoptant une résolution du conseil de bande, intitulée «Proposition n° 4» et datée du 16 mai 2001, qui ordonnait la fermeture de tous les terrains de camping de la première nation Saugeen n° 29.
2. Ils ont enfreint l'ordonnance du 4 août 2000 du juge O'Keefe en plaçant ou en faisant placer, près de l'entrée du Hideaway Campground, des enseignes sur lesquelles on avait inscrit «Fermé».
3. Ils ont enfreint l'ordonnance du 4 août 2000 du juge O'Keefe en encourageant la mise en place d'un barrage à l'entrée du Hideaway Campground le 18 mai 2001, et en participant à cette mise en place.
4. Ils ont enfreint l'ordonnance du 4 août 2000 du juge O'Keefe en entravant et empêchant les activités commerciales de 544282 Ontario Inc. faisant affaire sous la raison sociale de Hideaway Campground, et en faisant cesser ces activités.

2. L'ordonnance de M^{me} le juge Lamer-Tremblay datée du 18 mai 2001 est modifiée, de manière à y inclure le paragraphe 7 qui suit:

7. LA COUR ORDONNE que la signification de la présente ordonnance, et de tout document à l'appui, soit effectuée par leur signification à M^c William B. Henderson, l'avocat de l'intimé et du chef Randal Roote.

À moins d'être révoquée par ailleurs, la présente offre de règlement demeure en vigueur jusqu'à une minute après le début de l'instruction du présent appel.

[2] The respondents added in their letter that they were precluded, under rule 422 of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106] (the Rules), from disclosing to the Court the existence of the offer to settle prior to the release of our judgment. They then referred to rule 419 which, under the title “Offer to Settle”, states that rules 420 and 421 apply, with such modifications as are necessary, to appellants and respondents in an appeal. They finally claimed that they are entitled, under paragraphs 400(3)(e) and 420(2)(b), to party-and-party costs to November 22, 2001, and to double party-and-party costs from November 22, 2001, to the date of judgment.

[3] On January 31, 2003, the appellants wrote to the Court stating that the Court’s original order that no costs be granted was appropriate. They informed the Court that, on May 8, 2002, they served on the respondents an offer to settle which was never revoked. The offer read:

1. **THIS COURT ORDERS THAT** the Appeal is allowed, with leave to the Respondents to seek from the Federal Court Trial Division a further and better order that conforms to Rule 467 of the Federal Court Rules (1998).

This Offer to Settle remains in effect until one minute after the commencement of the hearing of this appeal, unless otherwise revoked in writing.

[4] Paragraphs 400(3)(e) and 420(2)(b) provide:

400. . .

(3) In exercising its discretion under subsection (1), the Court may consider

. . .

(e) any written offer to settle;

. . .

420. . . .

(2) Unless otherwise ordered by the Court, where a defendant makes a written offer to settle that is not revoked,

. . .

[2] Les intimés ont précisé dans leur lettre qu’il leur était interdit, en vertu de la règle 422 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106] (les Règles), de divulguer à la Cour avant le prononcé de son jugement l’existence de l’offre de règlement. Ils se sont ensuite référés à la règle 419, laquelle prévoit, dans la rubrique intitulée «Offres de règlement», que les règles 420 et 421 s’appliquent, avec les adaptations nécessaires, aux appelants et aux intimés dans un appel. Ils soutiennent finalement qu’ils ont droit, en vertu des alinéas 400(3)(e) et 420(2)(b), aux dépens partie-partie jusqu’au 22 novembre 2001, et au double de ces dépens à compter du 22 novembre 2001 jusqu’à la date du jugement.

[3] Le 31 janvier 2003, les appelants ont écrit à la Cour pour faire savoir qu’ils estimaient appropriée son ordonnance originale prévoyant qu’aucuns dépens n’étaient adjugés. Ils ont informé la Cour du fait que, le 8 mai 2002, ils avaient signifié aux défendeurs une offre de règlement qui n’a jamais été révoquée. L’offre prévoyait ce qui suit:

[TRADUCTION]

1. **LA COUR ORDONNE QUE** l’appel soit accueilli, les intimés étant autorisés à demander à la Cour fédérale, Section de première instance de rendre une ordonnance complémentaire qui soit conforme à la règle 467 des Règles de la Cour fédérale (1998).

À moins d’être révoquée par ailleurs par écrit, la présente offre de règlement demeure en vigueur jusqu’à une minute après le début de l’instruction du présent appel.

[4] Voici le libellé des alinéas 400(3)(e) et 420(2)(b) des Règles:

400. [. .]

(3) Dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire en application du paragraphe (1), la Cour peut tenir compte de l’un ou l’autre des facteurs suivants:

[. .]

e) toute offre écrite de règlement;

[. .]

420. [. .]

(2) Sauf ordonnance contraire de la Cour, lorsque le défendeur présente par écrit une offre de règlement qui n’est pas révoquée et que le demandeur:

[. .]

(b) if the plaintiff fails to obtain judgment, the defendant shall be entitled to party-and-party costs to the date of the service of the offer and to double such costs, excluding disbursements, from that date to the date of judgment.

[5] Although our rules do not contemplate a situation such as the present one, where offers are made by both parties, it is my view that the respondents are entitled to the award of costs they seek under paragraphs 400(3)(e) and 420(2)(b).

[6] My reasons are the following.

[7] The order of Madam Justice Tremblay-Lamer failed in form since it did not contain the particulars which would have enabled the appellants to know the nature of the case against them. Those particulars were however clearly set out in the motion record of the respondents which Tremblay-Lamer J. referred to in her order. The order also failed by using the phrase “show cause”, a term which is now obsolete on account of the new Rules. The appellants conceded however that they had not been misled about the nature of the hearing.

[8] It was the view of the majority of this Court that rules 56 and 58 did not apply. In addition, the majority held, assisted by earlier case law, that no appeal process should be permitted and that the case should be returned to the Trial Division for the second stage of the contempt proceedings considering that the presiding judge would be well capable of remedying the deficiencies in the initiating order at the beginning of the hearing.

[9] Isaac J.A. would have disposed of the case under rules 56 to 60. The matter would then have been returned to the Trial Division for remedy.

[10] The majority ordered no costs in view of the new rules at play. The appellants had won their case in form but not in substance; they knew or ought to have known the case against them from an early start. They did not obtain judgment however since the majority concluded that the Court of Appeal was not the proper forum for obtaining a remedy in the face of an order which was deficient. The appellants could not have known the

b) n’obtient pas gain de cause lors du jugement, le défendeur a droit aux dépens partie-partie jusqu’à la date de signification de l’offre et au double de ces dépens, à l’exclusion des débours, à compter du lendemain de cette date jusqu’à la date du jugement.

[5] Bien que nos règles ne prévoient pas une situation telle que celle en l’espèce, où chacune des parties fait une offre, je suis d’avis que les intimés ont droit, en vertu des alinéas 400(3)e) et 420(2)b), aux dépens qu’ils demandent.

[6] Voici mes motifs.

[7] Un vice de forme entachait l’ordonnance de M^{me} le juge Tremblay-Lamer, celle-ci ne renfermant pas les détails qui auraient permis aux appelants de connaître la nature de la preuve présentée contre eux. Ces détails étaient toutefois clairement énoncés dans le dossier de requête des intimés auquel l’ordonnance du juge Tremblay-Lamer faisait référence. L’ordonnance était également fautive par le recours à l’expression «expliquer», que les nouvelles Règles ont rendu obsolète. Les appelants ont cependant concédé ne pas avoir été induits en erreur quant à la nature de l’audience.

[8] Notre Cour était d’avis, à la majorité, que les règles 56 et 58 n’étaient pas applicables. S’appuyant sur la jurisprudence antérieure, la majorité a en outre statué qu’il ne fallait pas autoriser d’appel, l’affaire devant être renvoyée à la Section de première instance pour la seconde étape de la procédure pour outrage, le juge qui préside étant facilement en mesure de remédier au début de l’audience aux vices entachant l’ordonnance initiale.

[9] Le juge Isaac, J.C.A. aurait tranché l’affaire sur le fondement des règles 56 à 60. L’affaire aurait ensuite été renvoyée à la Section de première instance pour les mesures de redressement.

[10] Les juges de la majorité ont ordonné, sur le fondement des nouvelles règles, qu’aucuns dépens ne soient adjugés. Les appelants avaient eu gain de cause sur la forme mais non sur le fond; ils connaissaient ou auraient dû connaître d’entrée de jeu la preuve présentée contre eux. Ils n’ont pas obtenu jugement, toutefois, la majorité ayant conclu que la Cour d’appel n’était pas le tribunal approprié pour obtenir réparation en regard

inference the majority would draw from earlier case law.

[11] After judgment was rendered, we were informed, in conformity with rule 422, of the existence of two unrevoked offers to settle.

[12] The offer to settle made by the respondents is reasonably in line with the reasons for judgment of the majority. Had that offer been accepted by the appellants, time and money would have been spared and the matter would have proceeded expeditiously (rule 3).

[13] The appellants said in their letter of January 31, 2003, that their position throughout was that the respondents' offer was one only the Trial Division could grant, especially with respect to the case management aspect of the scheduling of the trial. They added that it was unreasonable to ask them to consent to the particulars of the charges against them and that it was and remains the burden of the respondents to make out a *prima facie* case and to comply with rule 467.

[14] It is not uncommon however for counsel to agree to a settlement which modifies a judgment or order of a court. It is true that the initiating order was not a final judgment but an interlocutory one. The appellants have not indicated any effort on their part to find out whether such settlement would have had a negative effect on the case management aspect of the scheduling of the trial. In addition, it was clear from the respondents' offer to settle, that the proposed draft modifying the order of Tremblay-Lamer J. did not constitute a consent to the particulars of the charges and could not have relieved the respondents of their burden to make out a *prima facie* case of contempt. Moreover, the respondents themselves could not have complied with rule 467 since the deficiency in the order originated with the Court through no fault of the respondents. It was for this reason that the majority held that rules 56 and 58 did not apply.

[15] There is, therefore, little validity in the appellants' reasons for refusing the respondents' offer to

d'une ordonnance viciée. Les demandeurs ne pouvaient savoir quelle inférence la majorité tirerait de la jurisprudence antérieure.

[11] Nous avons été informés, une fois le jugement rendu et en conformité avec la règle 422, de l'existence des deux offres de règlement non révoquées.

[12] L'offre de règlement faite par les intimés cadre raisonnablement avec les motifs du jugement de la majorité. Si les appelants avaient accepté cette offre, du temps et de l'argent auraient été épargnés et l'affaire aurait rapidement été traitée (règle 3).

[13] Les appelants ont déclaré dans leur lettre du 31 janvier 2003 avoir toujours eu pour position que l'offre des intimés ne pouvait émaner que de la Section de première instance, particulièrement pour ce qui est lié à l'établissement du rôle d'audience, un domaine lié à la gestion de cas. Ils ont ajouté qu'il était déraisonnable de leur demander de consentir à la description détaillée des actes qui leur étaient reprochés, et qu'il incombait et qu'il incombe toujours aux intimés de faire la preuve *prima facie* de l'outrage et de se conformer à la règle 467.

[14] Il n'est pas inhabituel que les avocats conviennent d'un règlement qui modifie le jugement ou l'ordonnance d'un tribunal. Il est vrai cependant que l'ordonnance initiale ne découle pas d'un jugement définitif mais bien interlocutoire. Les appelants semblent n'avoir consenti aucun effort pour vérifier si pareil règlement porterait ou non préjudice à l'établissement du rôle d'audience, un domaine lié à la gestion de cas. Il ressort clairement de l'offre de règlement des intimés, en outre, que le texte proposé en vue de modifier l'ordonnance du juge Tremblay-Lamer ne constituait pas un consentement à la description détaillée des actes reprochés et ne pouvait dégager les intimés de leur fardeau de faire la preuve *prima facie* de l'outrage. Les intimés, en outre, n'auraient pu se conformer à la règle 467 parce que le vice entachant l'ordonnance émanait de la Cour, sans qu'ils en soient aucunement responsables. C'est pour ce motif que la majorité a statué que les règles 56 et 58 n'étaient pas applicables.

[15] Les motifs pour lesquels les appelants ont rejeté l'offre de règlement des intimés n'étaient donc guère

settle. The appellants were seeking clarification by their appeal. They were getting clarification from the respondents' offer to settle. That was made clear in the respondents' covering letter accompanying their offer to settle. The first two paragraphs read:

Our review of your Appeal Book suggests that your client's ostensible objective is simply to clarify the wording of the Order and not necessarily to quash the ruling of Madam Justice Tremblay-Lamer that a Rule 467 hearing take place.

It is our client's position that the Order granted by Her Honour is sufficient in all respects. However, should a simple re-wording of the Order be sufficient to resolve the appeal and permit our clients to proceed with the substantive issues in this matter, then our client is prepared to consider same, so that further time and cost need not be spent on the appeal.

[16] The appellants' offer to settle, on the other hand, was problematic. By agreeing to allow the appeal with leave to the respondents to seek from the Trial Division a further and better order that would conform to rule 467, the respondents would have, in effect, accepted to start the process anew, from its very beginning. This was, in effect, a very costly offer to settle.

[17] I find that there was validity in the offer to settle proposed by the respondents and none in that proposed by the appellants. In these circumstances, I would apply paragraphs 400(3)(e) and 420(2)(b).

[18] I would therefore award to the respondents, under the terms of paragraph 420(2)(b), party-and-party costs to November 22, 2001, the date of service of the respondents' offer to settle and double such costs, excluding disbursements, from that date to January 22, 2003, the date of judgment.

[19] The respondents are entitled to one set of costs only.

MALONE J.A.: I agree.

valables. Les appelants voulaient obtenir des éclaircissements en interjetant appel. Ils en obtenaient avec l'offre de règlement des intimés. Cela était clairement exprimé dans la lettre d'accompagnement de leur offre, dont voici partie des deux premiers paragraphes:

[TRADUCTION]

L'examen de votre dossier d'appel nous laisse croire que l'objectif apparent de votre client est de simplement clarifier le libellé de l'ordonnance, et pas nécessairement de faire annuler la décision de M^{me} le juge Tremblay-Lamer portant qu'il y avait eu une audience aux fins de la règle 467.

La position de notre client, c'est que l'ordonnance accordée par M^{me} le juge suffit à tous égards. S'il suffisait toutefois d'une simple reformulation du libellé de l'ordonnance pour régler l'appel et permettre à nos clients de s'attaquer aux questions de fond dans la présente affaire, notre client est disposé à en examiner la possibilité, pour éviter que davantage de temps et d'argent soit consacré à l'appel.

[16] L'offre de règlement des appelants, pour sa part, posait problème. En consentant à ce que l'appel soit accueilli tout en étant autorisés à demander à la Section de première instance de rendre une ordonnance complémentaire qui soit conforme à la règle 467, les intimés auraient en fait consenti à ce que le processus soit repris, à partir du tout premier point de départ. Cette offre de règlement s'avérait ainsi très onéreuse.

[17] Je conclus que l'offre de règlement des intimés était valable, tandis que celle des appelants ne l'était pas. J'appliquerais, dans ces circonstances, les alinéas 400(3)e) et 420(2)b) des Règles.

[18] J'accorderais par conséquent aux intimés, en vertu de l'alinéa 420(2)b), les dépens partie-partie jusqu'au 22 novembre 2001, soit la date de la signification de leur offre de règlement, et le double de ces dépens, à l'exclusion des débours, à compter de cette date jusqu'au 22 janvier 2003, date du jugement.

[19] Les intimés n'ont droit qu'à un seul mémoire de dépens.

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

* * *

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

[20] ISAAC J.A.: On January 22, 2003 the Court delivered judgment awarding no costs of the appeal. I dissented on the issue of costs and would have awarded costs to the respondents.

[21] By letter dated January 24, 2003, counsel for the respondents informed the Court that on November 22, 2001 his client had made an offer to settle the appeal by varying the order of Tremblay-Lamer J. in the following respects:

(a) by substituting for the phrase “show cause” in paragraph 3 of the order, the words: “to hear proof of the acts of contempt alleged and to give any grounds of defence they wish to put forward”; and

(b) by particularizing the acts of contempt alleged against the appellants.

By its terms, the offer to settle remained in effect until one minute after the commencement of the hearing of the appeal, unless otherwise revoked in writing. No evidence was adduced that the offer was revoked.

[22] In those circumstances, counsel for the respondents, invoking paragraph 400(3)(e) and subsection 420(2) of the *Federal Court Rules, 1998*, asked the Court to award party-and-party costs to November 22, 2001, and to double party-and-party costs from November 22, 2001 to the date of judgment, that is to January 22, 2003. Subsection 400(1) and paragraph 400(3)(e) read:

400. (1) The Court shall have full discretionary power over the amount and allocation of costs and the determination of by whom they are to be paid.

* * *

(3) In exercising its discretion under subsection (1) the Court may consider:

* * *

Ce qui suit est la version française des motifs supplémentaires rendus par

[20] LE JUGE ISAAC, J.C.A.: La Cour a rendu jugement le 22 janvier 2003, n’adjugeant aucuns dépens relativement à l’appel. J’étais dissident quant à la question des dépens; j’aurais attribué les dépens aux intimés.

[21] Au moyen d’une lettre datée du 24 janvier 2003, l’avocat des intimés a informé la Cour que, le 22 novembre 2001, son client avait fait une offre de règlement au sujet de l’appel consistant à modifier l’ordonnance juge Tremblay-Lamer de la manière suivante:

a) en remplaçant l’expression «expliquer» au paragraphe 3 de l’ordonnance par les mots «entendre la preuve concernant les allégations d’outrage et faire valoir tout moyen de dépense qu’ils jugent approprié»;

b) en donnant des précisions quant aux allégations d’outrage portées contre les appelants.

Selon ses termes, l’offre de règlement demeurait en vigueur jusqu’à une minute après le début de l’instruction de l’appel, à moins d’être par ailleurs révoquée par écrit. Aucune preuve n’a été présentée quant au fait que l’offre avait été révoquée.

[22] Dans ces circonstances, l’avocat des intimés a fait valoir l’alinéa 400(3)e) et le paragraphe 420(2) des *Règles de la Cour fédérale (1998)* et demandé à la Cour d’attribuer à ses clients les dépens partie-partie jusqu’au 22 novembre 2001, et le double de ces dépens du 22 novembre 2001 jusqu’à la date du jugement, soit le 22 janvier 2003. Voici le libellé du paragraphe 400(1) et de l’alinéa 400(3)e):

400. (1). La Cour a entière discrétion pour déterminer le montant des dépens, les répartir et désigner les personnes qui doivent les payer.

[. . .]

(3) Dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire en application du paragraphe (1), la Cour peut tenir compte de l’un ou l’autre des facteurs suivants:

...

[. . .]

(e) any written offer to settle;

e) toute offre écrite de règlement;

[23] Subsection 420(2) and rule 422 read:

[23] Le paragraphe 420(2) et la règle 422 prévoient pour leur part ce qui suit:

420. . . .

420. [. . .]

(2) Unless otherwise ordered by the Court, where a defendant makes a written offer to settle that is not revoked,

(2) Sauf ordonnance contraire de la Cour, lorsque le défendeur présente par écrit une offre de règlement qui n'est pas révoquée et que le demandeur:

(a) if the plaintiff obtains a judgment less favourable than the terms of the offer to settle, the plaintiff shall be entitled to party-and-party costs to the date of service of the offer and the defendant shall be entitled to double such costs, excluding disbursements, from that date to the date of judgment; or

a) obtient un jugement moins avantageux que les conditions de l'offre, le demandeur a droit aux dépens partie-partie jusqu'à la date de signification de l'offre et le défendeur a droit au double de ces dépens, à l'exclusion des débours, à compter du lendemain de cette date jusqu'à la date du jugement;

(b) if the plaintiff fails to obtain judgment, the defendant shall be entitled to party-and-party costs to the date of the service of the offer and to double such costs, excluding disbursements, from that date to the date of judgment.

b) n'obtient pas gain de cause lors du jugement, le défendeur a droit aux dépens partie-partie jusqu'à la date de signification de l'offre et au double de ces dépens, à l'exclusion des débours, à compter du lendemain de cette date jusqu'à la date du jugement.

...

[. . .]

422. No communication respecting an offer to settle or offer to contribute shall be made to the Court, other than to a case management judge or prothonotary assigned under rule 383(c) or to a judge or prothonotary at a pre-trial conference, until all questions of liability and the relief to be granted, other than costs, have been determined.

422. Aucune communication concernant une offre de règlement ou une offre de contribution ne peut être faite à la Cour—sauf au juge chargé de la gestion de l'instance ou au protonotaire visé à l'alinéa 383c) ou sauf au juge ou au protonotaire lors de la conférence préparatoire à l'instruction—tant que les questions relatives à la responsabilité et à la réparation à accorder, sauf les dépens, n'ont pas été tranchées.

By virtue of rule 419, these Rules are applicable to this appeal.

En vertu de la règle 419, ces dispositions s'appliquent au présent appel.

[24] In my respectful view, it is instructive to review here paragraph 2 of the covering letter which accompanied the respondents' offer to settle. It reads:

[24] J'estime judicieux d'examiner le deuxième paragraphe, qui suit, de la lettre qui accompagnait l'offre de règlement des intimés:

It is our client's position that the Order granted by Her Honour is sufficient in all respects. However, should a simple rewording of the Order be sufficient to resolve the appeal and permit our clients to proceed with the substantive issues in this matter, then our client is prepared to consider same, so that further time and cost need not be spent on the appeal.

[TRADUCTION] La position de notre client, c'est que l'ordonnance accordée par M^{me} le juge suffit à tous égards. S'il suffisait toutefois d'une simple reformulation du libellé de l'ordonnance pour régler l'appel et permettre à nos clients de s'attaquer aux questions de fond dans la présente affaire, notre client est disposé à en examiner la possibilité, pour éviter que davantage de temps et d'argent soit consacré à l'appel.

[25] In this appeal the relief which the appellants sought, both in their memorandum of fact and law and in

[25] Dans le présent appel, la mesure de redressement demandée par les appelants, tant dans leur mémoire des

oral argument before us, was:

(1) an order granting a stay of, or in the alternative, quashing the order of Tremblay-Lamer J. with leave to the respondents to serve a further or better order if so advised; and

(2) costs of the appeal.

[26] By letter dated January 31, 2003, counsel for the appellants informed the Court (in response to the respondents' submissions to the Court regarding their November 22, 2001 offer to settle and the resultant cost consequences) that the order which the Court made as to costs of this appeal—that none be granted—was appropriate. Furthermore, counsel for the appellants submitted that the respondents had the burden of showing in the first instance that the appellants were, *prima facie*, in contempt and therefore the respondents' offer was not one which the appellants could reasonably accept.

[27] He then referred to an offer to settle which the appellants had made in the following terms:

THE APPELLANTS, THE COUNCIL OF THE SAUGEEN FIRST NATIONS #29 and CHIEF RANDAL ROOTE, offer to settle this appeal on the following terms:

1. THIS COURT ORDERS THAT the Appeal is allowed, with leave to the Respondents to seek from the Federal Court Trial Division a further and better order that conforms to Rule 467 of the Federal Court Rules (1998).

That offer, too, was open for acceptance up to one minute after the commencement of the appeal hearing unless otherwise revoked in writing. No evidence was adduced that this offer was revoked.

[28] It should be noticed first, that this offer is dated May 8, 2002, seven months after the respondents' offer was made, and second, that counsel for the respondents made no reference to it in his letter dated January, 24 2003.

faits et du droit que dans leur plaidoirie devant nous, était la suivante:

1) une ordonnance accordant un sursis d'exécution ou, subsidiairement, annulant l'ordonnance du juge Tremblay-Lamer tout en autorisant les intimés à demander une ordonnance complémentaire s'ils le jugent approprié;

2) les dépens relatifs à l'appel.

[26] Par lettre datée du 31 janvier 2003, l'avocat des appelants a informé la Cour (en réponse aux observations présentées par les intimés à la Cour relativement à leur offre de règlement du 22 novembre 2001 et à ses incidences sur les dépens) qu'ils estimaient appropriée l'ordonnance rendue par la Cour au sujet des dépens—prévoyant qu'aucuns dépens ne soient adjugés. L'avocat des appelants a soutenu, en outre, que les intimés avaient en premier lieu le fardeau de prouver que les appelants avaient, *prima facie*, commis un outrage; l'offre des intimés n'en était donc pas une qu'il était raisonnable pour les appelants d'accepter.

[27] L'avocat a ensuite fait mention d'une offre de règlement présentée par les appelants et libellée comme suit:

[TRADUCTION] LES APPELANTS, LE CONSEIL DE LA PREMIÈRE NATION SAUGEEN N° 29 et le CHEF RANDAL ROOTE, présentent une offre de règlement relativement à l'appel prévoyant ce qui suit:

1. LA PRÉSENTE COUR ORDONNE QUE l'appel soit accueilli, les intimés étant autorisés à demander à la Cour fédérale, Section de première instance de rendre une ordonnance complémentaire qui soit conforme à la règle 467 des Règles de la Cour fédérale (1998).

Cette offre, elle aussi, pouvait être acceptée jusqu'à une minute après le début de l'instruction de l'appel, à moins d'être par ailleurs révoquée par écrit. Aucune preuve n'a été présentée quant à la révocation de cette offre.

[28] Il y a lieu de noter, premièrement, que cette offre est datée du 8 mai 2002, soit sept mois après que l'offre des intimés a été faite, et que l'avocat des intimés, deuxièmement, n'y a pas fait allusion dans sa lettre datée du 24 janvier 2003.

[29] The Rules do not, of course, contemplate mutual offers to settle by the parties to a dispute. In a case such as this, where neither party accepted the offer made by the other, one would normally conclude that the Court should not apply paragraph 420(2)(b). However, it is my view that this case is unique and requires different treatment. For the reasons which follow, I have concluded that it is not improper to apply paragraph 420(2)(b) in favour of the respondent.

[30] In my respectful view, it is clear from a reading of rule 56 that non-compliance with any rule does not render an order void, rather, such non-compliance constitutes an irregularity to be dealt with under rules 58 to 60. With all due respect to those who take a different view, the appellants knew or ought to have known that they could not have obtained the grant of a stay or the quashing of the order of Tremblay-Lamer J.

[31] Furthermore, on my analysis of my colleagues' reasons for judgment in this appeal, the appellants were seeking relief from this Court to which they were not entitled. In these circumstances, and having regard to the long lapse of time between the respective offers to settle, it is my view that the respondents' offer to settle should be taken into account in awarding and allocating costs. I have, therefore, concluded that the respondents are entitled to party-and-party costs of the appeal, pursuant to paragraph 420(2)(b), to November 22, 2001, the date of service of the respondents' offer to settle, and to double party-and-party costs from that date to January 22, 2003, the date of judgment.

[32] Accordingly, I would award one set of costs to the respondents.

[29] Les Règles ne prévoient rien, bien sûr, au sujet d'offres de règlement présentées par chacune des parties à un différend. Dans un cas comme celui qui nous occupe, où aucune des parties n'a accepté l'offre de l'autre, on en viendrait normalement à la conclusion que la Cour ne devrait pas appliquer l'alinéa 420(2)b) des Règles. Je suis toutefois d'avis que la présente affaire est unique et doit être traitée de manière différente. Pour les motifs qui vont suivre, j'ai conclu qu'il n'était pas inapproprié d'appliquer l'alinéa 420(2)b) en faveur de l'intimé.

[30] J'estime, en toute déférence, qu'il ressort clairement de la règle 56 que l'inobservation d'une disposition des Règles ne rend pas une ordonnance nulle, mais constitue plutôt une irrégularité à l'égard de laquelle il faut appliquer les règles 58 à 60. En toute déférence pour l'opinion contraire, les appelants savaient ou auraient dû savoir qu'ils n'auraient pu obtenir un sursis d'exécution ou l'annulation de l'ordonnance du juge Tremblay-Lamer.

[31] Tel que je comprends, en outre, les conclusions d'appel de mes collègues, les appelants ont tenté d'obtenir de notre Cour une mesure de redressement à laquelle ils n'avaient pas droit. Dans ces circonstances et eu égard au long délai entre les deux offres de règlement, je suis d'avis qu'on aurait dû prendre en compte l'offre de règlement des intimés dans l'attribution des dépens. Je conclus, par conséquent, que les intimés ont droit, en vertu de l'alinéa 420(2)b) des Règles, aux dépens partie-partie relativement à l'appel jusqu'au 22 novembre 2001, soit la date de signification de l'offre de règlement des intimés, et au double de ces dépens de cette dernière date jusqu'au 22 janvier 2003, la date du jugement.

[32] J'accorderais par conséquent aux intimés un seul mémoire de dépens.

DES-04-01
2002 FCT 1046

DES-04-01
2002 CFPI 1046

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

And in the matter of the referral of that certificate to the Federal Court of Canada

And in the matter of Mahmoud Jaballah

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

Trial Division, MacKay J.—Toronto, September 20; Ottawa, October 8, 2002.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Inadmissible Persons — Procedures for application for protection — Review pursuant to Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 79(2) of Minister's decision on application for protection — Jaballah subject of certificate declaring him inadmissible to Canada on national security grounds — As IRPA coming into force while consideration of certificate by Court pending, IRPA governing proceedings — Jaballah applying for protection under s. 112 — Proceedings with respect to certificate suspended — Minister not notifying Court pursuant to s. 79(2) of decision on protection application — S. 95 not vesting authority in either Board or Minister to grant, dismiss application for protection — Implicitly Minister to make decision upon application for protection — Scheme of Act reviewed — Court lacking authority to resume proceedings to determine lawfulness of certificate of inadmissibility as Minister not notifying Court of decision on application for protection — Immigration and Refugee Protection Regulations, ss. 160, 172 not ultra vires.

This was an application for a review pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), subsection 79(2) of the Minister's decision on an application for protection. In August 2001 a certificate was issued pursuant to *Immigration Act*, section 40.1 certifying that Mr. Jaballah, a refugee claimant, was inadmissible to Canada on national security grounds. The certificate was referred to the Court for determination of whether it was reasonable. Consideration was incomplete when the *Immigration Act* was repealed and

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

Et le renvoi de ce certificat à la Cour fédérale du Canada

Et Mahmoud Jaballah

RÉPERTORIÉ: JABALLAH (RE) (I^e INST.)

Section de première instance, juge MacKay—Toronto, 20 septembre; Ottawa, 8 octobre 2002.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Personnes non admissibles — Procédure de demande de protection — Contrôle judiciaire en vertu de l'art. 79(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) à l'égard d'une décision du ministre concernant une demande de protection — Délivrance d'un certificat attestant que M. Jaballah est interdit de territoire pour des raisons de sécurité nationale — Comme la LIPR est entrée en vigueur alors que la Cour n'avait pas encore rendu sa décision sur le certificat, la procédure est régie par la nouvelle Loi — M. Jaballah a demandé la protection au ministre conformément à l'art. 112 — La Cour a suspendu l'affaire concernant le certificat — Le ministre n'a pas avisé la Cour conformément à l'art. 79(2) de sa décision concernant la demande de protection — L'art. 95 ne confère ni à la Commission ni au ministre le pouvoir d'accorder ou de refuser une demande de protection — Implicitement, la décision concernant une demande de protection doit être prise par le ministre — Analyse de l'esprit de la Loi — La Cour n'a pas le pouvoir de reprendre l'affaire pour décider de la légalité du certificat d'interdiction de territoire car le ministre ne l'a pas avisée de sa décision concernant la demande de protection — Les art. 160 et 172 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés ne sont pas ultra vires.

La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire fondée sur le paragraphe 79(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) à l'égard d'une décision du ministre concernant une demande de protection. En août 2001, un certificat attestant que M. Jaballah, qui revendique la protection accordée aux réfugiés, était interdit de territoire pour des raisons touchant la sécurité nationale a été délivré en application alors de l'article 40.1 de la *Loi sur l'immigration*. Ce certificat a été transmis à la Cour pour qu'il soit décidé de

replaced by the IRPA which came into effect on June 28, 2002. Disposition of the proceedings in relation to the certificate filed by the ministers was governed by the IRPA, as section 190 provides that a proceeding under the former Act that is pending or in progress immediately before the coming into force of IRPA is to be governed by the latter. Mr. Jaballah applied to the Minister of Citizenship and Immigration under IRPA, section 112 for protection and the proceedings with respect to the certificate were suspended in order for the Minister to decide the application for protection. IRPA, subsection 79(2) provides if the application for protection is decided, the Minister shall give notice of the decision to the person who has applied and to the judge, who shall then resume the proceeding, review the lawfulness of the Minister's decision on the application for protection and determine whether the certificate is reasonable and whether the decision on the application for protection is lawfully made (subsection 80(1)). The Court was not notified of the Minister's decision on the protection application, but was advised by counsel that Mr. Jaballah had received a pre-removal risk assessment (PRRA) indicating that he faces the risks of torture and death contemplated in the section 97 definition of a person in need of protection and that the application for protection was allowed.

Mr. Jaballah sought a declaration that the Minister's decision with respect to the application for protection has been made, but simply not transmitted to the Court, an order prohibiting the Minister from taking any further steps with respect to the PRAA, and an order declaring *Immigration and Refugee Protection Regulations*, sections 160 and 172 *ultra vires*. Section 172 requires that the Minister consider written assessments on the basis of the factors set out in sections 97 and 113.

Held, the application should be dismissed.

The Court lacked authority to grant the orders sought. IRPA, section 95 does not vest authority in either the Board or the Minister to grant or dismiss an application for protection. Rather, the Board is vested with authority under sections 100 and 101 to consider claims for refugee protection, and claims by persons to be in need of protection, when a claim is referred by an immigration officer. The Minister's authority to grant an application for protection is derived from subsection 112(1) when an application for protection is made to the Minister. The Minister's authority is not based upon paragraph 95(1)(c), which merely provides that when the Minister allows an application for protection, refugee protection is conferred on a person concerned except in the case of a person described in subsection 112(3), as Mr. Jaballah is. Neither paragraph 95(1)(c) nor section 112 specifically designates whether the

son caractère raisonnable. La Cour n'avait pas encore rendu sa décision lorsque la *Loi sur l'immigration* a été abrogée et remplacée par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, qui est entrée en vigueur le 28 juin 2002. La décision concernant le certificat déposé par les ministres était régie par la LIPR, car l'article 190 prévoit que les procédures présentées ou instruites dans le cadre de l'ancienne Loi, avant l'entrée en vigueur de la LIPR, pour lesquelles aucune décision n'a été prise sont régies par la nouvelle Loi. M. Jaballah a demandé la protection au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration conformément à l'article 112 de la LIPR et l'affaire concernant le certificat a été suspendue pour permettre au ministre de disposer de la demande de protection. Le paragraphe 79(2) de la LIPR prévoit que s'il est disposé de la demande de protection, le ministre notifie sa décision à la personne qui a présenté la demande et au juge, lequel reprend alors l'affaire, contrôle la légalité de la décision du ministre et décide du caractère raisonnable du certificat et de la légalité de la décision du ministre (paragraphe 80(1)). La Cour n'a pas été avisée de la décision du ministre concernant la demande de protection, mais elle a été avisée par l'avocat de M. Jaballah qu'il avait reçu une évaluation des risques avant renvoi (ERAR), qui mentionnait qu'il fait face à un risque de torture et à une menace pour sa vie suivant la définition de personne à protéger figurant à l'article 97 et que la demande de protection était accueillie.

M. Jaballah sollicite une ordonnance déclarant que la décision du ministre concernant la demande de protection a été prise mais n'a simplement pas été transmise à la Cour, une ordonnance visant à interdire au ministre de prendre d'autres mesures quant à l'ERAR et une ordonnance déclarant que les articles 160 et 172 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* sont *ultra vires*. L'article 172 exige que le ministre tienne compte des évaluations écrites au regard des éléments mentionnés aux articles 97 et 113.

Jugement: la demande est rejetée.

La Cour ne dispose d'aucun pouvoir pour accorder les ordonnances demandées. L'article 95 de la LIPR ne confère ni à la Commission ni au ministre le pouvoir d'accorder ou de refuser une demande de protection. La Commission est plutôt investie, en vertu des articles 100 et 101, du pouvoir d'examiner les demandes d'asile et les demandes des personnes à protéger pour les cas qui lui sont déférés par l'agent d'immigration. Le pouvoir du ministre d'accorder une demande de protection est dérivé du paragraphe 112(1) lorsque cette demande est présentée au ministre. Le pouvoir du ministre n'est pas fondé sur l'alinéa 95(1)c) qui prévoit simplement qu'en cas d'acceptation de la demande de protection par le ministre, l'asile est la protection conférée à la personne concernée sauf s'il s'agit d'une personne, comme M. Jaballah, visée au paragraphe 112(3). Ni l'alinéa 95(1)c) ni

Minister or the Board shall determine an application for protection made by a person within subsection 112(3). Subsection 112(1) provides for an application for protection to be made to the Minister by a person subject to a removal order or named in a certificate under subsection 77(1), but the application, in certain designated cases, including one from a person named in a certificate, may not result in refugee protection. Implicitly a decision upon an application for protection made to the Minister under subsection 112(1) is to be made by the Minister. That conclusion is supported by section 79 which provides for suspension of these proceedings concerning a certificate in order for the Minister to decide an application for protection made under subsection 112(1). Under subsection 79(2) these proceedings are to be resumed when “the Minister shall give notice of the decision” in relation to the application for protection made under subsection 112(1) “and the judge shall review the lawfulness of the decision of the Minister”.

The scheme of the Act is as follows: (1) Under subsection 77(1) the ministers concerned may refer a certificate of their opinion that a foreign national is inadmissible to Canada on national security grounds to this Court which then makes a determination under section 80. (2) Section 78 sets out the procedure to be followed by the Court in reaching its determination. (3) Section 79 directs suspension of the proceedings to permit the Minister to decide an application for protection made under subsection 112(1). (4) These proceedings, after suspension, are to resume in accord with subsection 79(2) when the Minister gives notice, to the applicant, and to the judge of this Court of the Minister’s decision on the application for protection. (5) That decision shall be based on the factors set out in section 97, which defines a person in need of protection, and also on an assessment whether the application should be refused because of the danger the applicant constitutes to the security of Canada. (6) Upon resuming the proceedings this Court shall consider the lawfulness of the Minister’s decision and shall determine the reasonableness of the certificate and whether the decision on the application for protection is lawful. (7) Subsection 112(1) provides for an application for protection to be made to the Minister by a person who is subject to a removal order or is described in subsection 77(1), as Mr. Jaballah is. Certain persons described in subsection 112(2) may not apply for protection, and by paragraphs 95(1)(c) and 112(3)(d) “refugee protection” as provided in section 95 does not result if the Minister allows an application for protection made by a person, *inter alia*, described in paragraph 112(3)(d), a person named in a certificate under subsection 77(1). (8) The proceedings in relation to the ministers’ certificate deemed filed pursuant to subsection 77(1), now suspended, are to resume upon advice to the Court, as well as to the applicant, of the Minister’s decision on the application for protection.

l’article 112 ne désigne nommément le ministre ou la Commission pour disposer d’une demande de protection faite par une personne visée au paragraphe 112(3). Le paragraphe 112(1) prévoit qu’une demande de protection peut être présentée au ministre par une personne visée par une mesure de renvoi ou nommée au certificat délivré en vertu du paragraphe 77(1) mais, dans certains cas précis, notamment celui d’une personne nommée au certificat, l’asile ne peut être conféré. Implicitement, la décision concernant une demande de protection présentée au ministre en vertu du paragraphe 112(1) doit être prise par le ministre. Cette conclusion s’appuie sur l’article 79 qui prévoit la suspension de l’affaire concernant le certificat délivré pour permettre au ministre de disposer de la demande de protection présentée en vertu du paragraphe 112(1). Aux termes du paragraphe 79(2), l’instance doit reprendre lorsque «[l]e ministre notifie sa décision» concernant la demande de protection visée au paragraphe 112(1) «et le juge contrôle la légalité de la décision».

L’esprit de la loi s’établit comme suit: 1) En vertu du paragraphe 77(1), les ministres concernés peuvent déposer auprès de la Cour un certificat attestant qu’un étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité nationale pour qu’il en soit alors disposé au titre de l’article 80. 2) L’article 78 explique la procédure à suivre par la Cour pour rendre sa décision. 3) L’article 79 impose la suspension de l’affaire pour permettre au ministre de décider de la demande de protection présentée en vertu du paragraphe 112(1). 4) L’instance, conformément au paragraphe 79(2), doit reprendre lorsque le ministre notifie au demandeur et au juge de la Cour sa décision quant à la demande de protection. 5) Il est disposé de la demande de protection sur la base des éléments mentionnés à l’article 97, qui définit la notion de personne à protéger, et d’une appréciation du fait que la demande devrait être refusée en raison du danger que le demandeur constitue pour la sécurité du Canada. 6) À la reprise de l’instance, la Cour contrôle la légalité de la décision du ministre et décide du caractère raisonnable du certificat et de la légalité de la décision touchant la demande de protection. 7) Le paragraphe 112(1) prévoit que la demande de protection doit être présentée au ministre par une personne touchée par une mesure de renvoi ou, dans le cas de M. Jaballah, par une personne visée au paragraphe 77(1). Certaines personnes se trouvant dans les situations décrites au paragraphe 112(2) ne sont pas admises à demander la protection et, en vertu des alinéas 95(1)(c) et 112(3)(d), l’«asile», aux termes de l’article 95, n’est pas conféré si le ministre accepte la demande de protection présentée notamment par une personne visée à l’alinéa 112(3)(d), à savoir celle nommée sur le certificat dont il est question au paragraphe 77(1). 8) L’instance relative au certificat délivré par les ministres et réputé déposé en vertu du paragraphe 77(1) doit reprendre après avis à la Cour, ainsi qu’au demandeur, de la décision du ministre quant à la

Notice of this decision was not provided.

Regulations, section 160 is not *ultra vires*. An application for protection made to the Minister in accord with subsection 112(1) is to be dealt with by the Minister. In doing so the Minister is bound by relevant provisions of the statute and of the Regulations. Section 116 expressly refers to regulations which may provide “for any matter relating to the application of this Division” including “provisions respecting procedures to be followed with respect to applications for protection”. Section 172 appears to be within the broad grant of regulating authority under section 116 and no persuasive argument was made to determine otherwise.

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. 7, 24(1).

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(4) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 40.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4; S.C. 1992, c. 49, s. 31).

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 34(1)(b), (c), (f), 77, 78, 79, 80, 81, 95-116, 190.

Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 160-174.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

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

REFERRED TO:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Jaballah, [1999] F.C.J. No. 1681 (T.D.) (QL).

APPLICATION for a review pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, subsection 79(2) of the Minister’s decision on an application for protection, and for a declaration that *Immigration and Refugee Protection Regulations*, sections 160 and 172 are *ultra vires*. Application dismissed.

demande de protection. L’avis relatif à cette décision n’a pas été transmis.

L’article 160 du Règlement n’est pas *ultra vires*. Une demande de protection présentée au ministre conformément au paragraphe 112(1) doit être tranchée par le ministre. Ce faisant, le ministre est lié par les dispositions pertinentes de la Loi et du Règlement. L’article 116 prévoit expressément le recours aux règlements pour «l’application de la présente section» notamment «la procédure applicable à la demande de protection». L’article 172 semble respecter les limites du large pouvoir discrétionnaire dont l’organisme de réglementation est investi en vertu de l’article 116 et aucune thèse convaincante n’a été soutenue pour en décider autrement.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 24(1).

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(4) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

Loi sur l’immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 40.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 4; L.C. 1992, ch. 49, art. 31).

Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 34(1)(b), (c), (f), 77, 78, 79, 80, 81, 95 à 116, 190.

Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 160 à 174.

JURISPRUDENCE

DISTINCTION FAITE D’AVEC:

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

DÉCISION CITÉE:

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Jaballah, [1999] A.C.F. n° 1681 (1^{re} inst.) (QL).

DEMANDE de contrôle judiciaire fondée sur le paragraphe 79(2) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, à l’égard d’une décision du ministre concernant une demande de protection, et d’ordonnance déclarant *ultra vires* les articles 160 et 172 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*. Demande rejetée.

APPEARANCES:

Donald MacIntosh and *David Tyndale* for applicant
Solicitor General of Canada.

Robert F. Batt and *Marthe Beaulieu* for applicant
Minister of Citizenship and Immigration.

Rocco Galati for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for applicants.

Galati, Rodrigues & Associates, Toronto, for
respondent.

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

[1] MACKAY J.: These reasons concern my disposition
of an application on behalf of the respondent,
Mr. Jaballah, for:

- (a) a review, pursuant to s. 79(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA);
- (b) an order pursuant to s. 79(2) of the IRPA, s. 18.1(4) of the *Federal Court Act*, and s. 24(1) of the *Charter*, in the nature of:
 - (i) a declaration or finding that the decision of the Minister pursuant to s. 79(2) has been made and simply failed to be transmitted to the Court as required;
 - (ii) an order prohibiting the Minister and/or his delegate(s) to take any further steps with respect to the "PRRA";
 - (iii) an order releasing the respondent from custody;
- (c) an order (in the nature) of a declaration or finding that ss. 160, *et seq.* and in particular s. 172 of the *IRPA Regulations* are *ultra vires* the clear scheme of the *IRPA* itself.

The application arises from differences between counsel for the parties concerning the appropriate interpretation of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA or the Act) and the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (the Regulations) in so far as provisions of the Act and Regulations concern procedures following an application

ONT COMPARU:

Donald MacIntosh et *David Tyndale* pour le
demandeur le solliciteur général du Canada.

Robert F. Batt et *Marthe Beaulieu* pour le
demandeur le ministre de la Citoyenneté et de
l'Immigration.

Rocco Galati pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour les
demandeurs.

Galati, Rodrigues & Associates, Toronto, pour le
défendeur.

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

[1] LE JUGE MACKAY: Les présents motifs se
rapportent à la demande présentée au nom du défendeur,
M. Jaballah, sollicitant:

- a) un contrôle en vertu du paragraphe 79(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR);
- b) une ordonnance en vertu du paragraphe 79(2) de la LIPR, du paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur la Cour fédérale* et du paragraphe 24(1) de la *Charte*, de la nature:
 - (i) d'une déclaration ou conclusion selon laquelle la décision du ministre en vertu du paragraphe 79(2) a été prise mais n'a simplement pas été transmise à la Cour comme l'exige la LIPR;
 - (ii) d'un ordre visant à interdire au ministre et à ses représentants de prendre d'autres mesures quant à l'évaluation des risques avant renvoi (ERAR);
 - (iii) d'un ordre de mise en liberté du défendeur;
- c) une ordonnance de la nature d'une déclaration ou conclusion selon laquelle les articles 160 et suivants, et en particulier l'article 172, du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* sont *ultra vires* de l'économie générale de la LIPR.

La présente demande découle de divergences entre les avocats des parties à propos de l'interprétation appropriée à donner à la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR ou la Loi) et au *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement), dans la mesure où les dispositions de la Loi et du Règlement

for protection made by the respondent pursuant to subsection 112(1) of the Act.

BACKGROUND

[2] A summary of the essential background in which the issue arises is this. A certificate was issued in August 2001, pursuant to then section 40.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4; S.C. 1992, c. 49, s. 31] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 as amended, certifying the opinion of the Minister of Citizenship and Immigration and the Solicitor General of Canada (the ministers) that Mr. Jaballah, then and still a claimant for refugee protection, is inadmissible to Canada on specified grounds concerning national security. That certificate was referred to the Court for determination whether it was reasonable in light of the evidence and information filed by the ministers. Consideration was incomplete when the *Immigration Act* was repealed and replaced by IRPA, which came into effect on June 28, 2002.

[3] Under section 190 of IRPA a proceeding under the former Act that is pending or in progress immediately before the coming into force of IRPA is to be governed by the latter Act. Thus, disposition of the proceedings in relation to the certificate filed by the ministers is now governed by the IRPA.

[4] In accord with section 190 I deem these proceedings to be under Part I, Division 9 of IRPA and the referral of the certificate of the applicant ministers to be in accord with subsection 77(1) of that Act. Further, the security grounds specified by the ministers' certificate are now reflected by paragraphs 34(1)(b), (c) and (f) of IRPA, which I deem to be the relevant grounds on which the certificate is now based.

[5] IRPA sets out a new procedure for a person in Canada named in a certificate, as Mr. Jaballah is pursuant to subsection 77(1) of the Act, to apply to the Minister of Citizenship and Immigration for protection in accord with section 112 of the Act. Mr. Jaballah did

concerner la procédure faisant suite à une demande de protection présentée par le défendeur conformément au paragraphe 112(1) de la Loi.

CONTEXTE

[2] Il importe d'abord de situer l'essentiel du contexte qui a donné naissance au présent litige. Un certificat attestant que M. Jaballah, qui revendiquait alors et qui revendique encore la protection accordée aux réfugiés, était interdit de territoire pour des raisons précises touchant la sécurité nationale a été délivré en août 2001 par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le solliciteur général du Canada (les ministres) en application alors de l'article 40.1 [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 4; L.C. 1992, ch. 49, art. 31] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, et ses modifications. Ce certificat a été transmis à la Cour pour qu'il soit décidé s'il était raisonnable à la lumière des éléments de preuve et d'information déposés par les ministres. La Cour n'avait pas encore rendu sa décision lorsque la *Loi sur l'immigration* a été abrogée et remplacée par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, qui est entrée en vigueur le 28 juin 2002.

[3] En vertu de l'article 190 de la LIPR, les procédures présentées ou instruites dans le cadre de l'ancienne loi, avant l'entrée en vigueur de la LIPR, pour lesquelles aucune décision n'a été prise sont régies par la nouvelle Loi. Par conséquent, la décision concernant le certificat déposé par les ministres est désormais régie par la LIPR.

[4] Conformément à l'article 190, je considère la présente procédure comme étant instruite en vertu de la section 9 de la partie I de la LIPR et le dépôt du certificat délivré par les ministres comme étant conforme au paragraphe 77(1) de la Loi. En outre, les motifs de sécurité précisés dans le certificat des ministres figurent maintenant aux alinéas 34(1)b), c) et f) de la LIPR, lesquels je considère comme étant les motifs pertinents pouvant désormais servir de fondement au certificat.

[5] La LIPR institue une nouvelle procédure pour une personne, comme M. Jaballah, qui se trouve au Canada et qui est désignée dans un certificat délivré en application du paragraphe 77(1) de la Loi, afin de demander la protection au ministre de la Citoyenneté et

so, and on his request, pursuant to subsection 79(1) of IRPA this Court suspended the proceedings with respect to the certificate in order for the Minister to decide the application for protection.

[6] A person in need of protection is defined by section 97 of IRPA. Since IRPA is recently in force, I reproduce in Annex A to these reasons, the text or a summary description of those provisions relevant to the issues of interpretation discussed herein, including section 97.

[7] The Act further provides for resumption of proceedings in this manner: if the application for protection is decided, the Minister shall give notice of the decision to the person who has applied and to the judge, who then shall resume the proceeding and “shall review the lawfulness of the decision of the Minister” (subsection 79(2)) and “shall . . . determine whether the certificate is reasonable and whether the decision on the application for protection, if any, is lawfully made” (subsection 80(1)).

[8] This Court has not had notice from the Minister of his decision in relation to Mr. Jaballah’s application for protection, as I would expect in accord with subsection 79(2). The Court has been advised however, by counsel for Mr. Jaballah that he has received a pre-removal risk assessment (PRRA), dated August 15, 2002, in response to Mr. Jaballah’s application. In this a representative of the Minister concludes his assessment, with reference to relevant sections, including in particular subsection 97(1) of the IRPA, in the following terms: “it is my opinion that there are substantial grounds for believing that the applicant would be killed or tortured should he be required to return to Egypt”. The assessment is summarized as confirming positively (i.e., “yes”), that Mr. Jaballah faces a risk of torture within paragraph 97(1)(a), and a risk of cruel or unusual treatment or punishment within paragraph 97(1)(b), and that the application for protection is allowed.

[9] Counsel for Mr. Jaballah urges that reading the Act as a whole, in particular sections 79, 81, 107 and 112, the report, made in response to his application under

de l’Immigration conformément à l’article 112 de la Loi. M. Jaballah s’est prévalu de ce droit et, à sa demande, aux termes du paragraphe 79(1) de la Loi, la Cour a suspendu l’affaire pour permettre au ministre de disposer de la demande de protection.

[6] L’article 97 de la LIPR définit la personne à protéger. Comme la LIPR est récemment entrée en vigueur, j’ai reproduit à l’annexe A des présents motifs le texte ou une description sommaire des dispositions pertinentes aux questions d’interprétation débattues aux présentes, notamment l’article 97.

[7] La Loi prévoit la reprise de l’instance de la façon suivante: s’il est disposé de la demande de protection, le ministre notifie sa décision à la personne qui a présenté la demande et au juge, lequel reprend alors l’affaire, «contrôle la légalité de la décision» (paragraphe 79(2)) et «décide du caractère raisonnable du certificat et, le cas échéant, de la légalité de la décision du ministre» (paragraphe 80(1)).

[8] La Cour n’a pas été avisée de la décision du ministre concernant la demande de protection de M. Jaballah, comme elle pouvait normalement s’y attendre compte tenu du paragraphe 79(2). La Cour a toutefois été avisée par l’avocat de M. Jaballah qu’il avait reçu une évaluation des risques avant renvoi (ERAR), datée du 15 août 2002, en réponse à la demande de M. Jaballah. Dans cette évaluation, le représentant du ministre conclut en faisant référence aux articles pertinents, notamment le paragraphe 97(1) de la LIPR, dans les termes suivants: [TRADUCTION] «je suis d’avis qu’il existe des motifs sérieux de croire que le demandeur serait tué ou soumis à la torture si on exigeait de lui qu’il retourne en Égypte». Il est allégué que cette évaluation confirme (c’est-à-dire, «oui») que M. Jaballah fait face à un risque de torture au sens de l’alinéa 97(1)a) et à un risque de traitements ou peines cruels et inusités au sens de l’alinéa 97(1)b) et que la demande de protection est accueillie.

[9] L’avocat de M. Jaballah prétend qu’à la lecture de la Loi dans son ensemble, en particulier les articles 79, 81, 107 et 112, et du rapport qui a été produit en réponse

subsection 112(1), having now been received by him, the hearing before this Court to determine the reasonableness of the security certificate effectively becomes moot and terminates. Moreover, he urges that section 160 *et seq.* and particularly section 172 of the Regulations, here relied upon by the Minister, are *ultra vires* as dealing with matters beyond the scope of delegation of regulating authority under the IRPA since they are said to be in conflict with the clear scheme of the Act. On this basis he seeks the relief set out at the commencement of these reasons.

[10] For the Minister, counsel urges a different interpretation of the IRPA, in essence, that the Minister has yet to report to the Court as required pursuant to subsection 79(2), so that the consideration of the reasonableness of the certificate filed with the Court has not resumed, and consideration of the lawfulness of the Minister's decision on the application for protection has not begun.

[11] It is urged for the Minister that, before his decision is made on the application and a report is made to Mr. Jaballah and the Court, the Act and Regulations require a second step to be taken in accord with subparagraph 113(d)(ii) of the Act. This provision directs that consideration of an application for protection, in a case like Mr. Jaballah's, shall be on the basis of factors set out in section 97 and "whether the application should be refused because of . . . the danger that the applicant constitutes to the security of Canada".

[12] In support of the concept of two phases in the decision on an application for protection, counsel for the Minister urges that the Regulations, in Division 4, sections 160-174 are valid. These deal with procedures applicable when an application for protection is made. Section 172 of the Regulations, the validity of which is disputed by counsel for Mr. Jaballah, provides in part:

172. (1) Before making a decision to allow or reject the application of an applicant described in subsection 112(3) of the Act, the Minister shall consider the assessments referred to in subsection (2) and any written response of the applicant to

à la demande de protection présentée en vertu du paragraphe 112(1) et dont il a reçu copie, l'audition devant la Cour pour qu'il soit décidé du caractère raisonnable du certificat de sécurité devient sans objet et est terminée. De plus, il allègue que les articles 160 et suivants du Règlement, et en particulier l'article 172, sur lesquels le ministre appuie son argumentation, sont *ultra vires* parce qu'ils traitent de questions débordant les limites du pouvoir délégué à l'organisme de réglementation en vertu de la LIPR et qu'ils sont dits incompatibles avec l'économie générale de la Loi. Pour cette raison, il demande les réparations exposées au début des présents motifs.

[10] L'avocat du ministre préconise une interprétation différente de la LIPR. Essentiellement, il soutient que comme le ministre n'a pas encore transmis sa décision à la Cour, tel qu'il est prévu au paragraphe 79(2) de la Loi, l'examen du caractère raisonnable du certificat déposé auprès de la Cour n'a pas repris et celui de la légalité de la décision du ministre quant à la demande de protection n'a pas commencé.

[11] Il est également allégué pour le compte du ministre que, avant que la décision soit prise quant à la demande de protection et qu'elle soit communiquée à M. Jaballah et à la Cour, la Loi et le Règlement exigent une seconde étape prévue au sous-alinéa 113d)(ii) de la Loi. Cette disposition prévoit qu'il est disposé d'une demande de protection, dans un cas comme celui de M. Jaballah, sur la base des éléments mentionnés à l'article 97 et «du fait que la demande devrait être rejetée en raison [. . .] du danger qu'il [le demandeur] constitue pour la sécurité du Canada».

[12] À l'appui du concept en deux phases dans la décision à l'égard de la demande de protection, l'avocat du ministre fait valoir que les articles 160 à 174 de la section 4 du Règlement sont valides. Ceux-ci établissent la procédure applicable lorsqu'une demande de protection est présentée. L'article 172 du Règlement, dont l'avocat de M. Jaballah conteste la validité, prévoit en partie ce qui suit:

172. (1) Avant de prendre sa décision accueillant ou rejetant la demande de protection du demandeur visé au paragraphe 112(3) de la Loi, le ministre tient compte des évaluations visées au paragraphe (2) et de toute réplique écrite

the assessments that is received within 15 days after the applicant is given the assessments.

(2) The following assessments shall be given to the applicant:

(a) a written assessment on the basis of the factors set out in section 97 of the Act; and

(b) a written assessment on the basis of the factors set out in subparagraph 113(d)(i) or (ii) of the Act, as the case may be.

[13] If the Court upholds the interpretation of the statutory process urged by counsel for the Minister, the Court is advised by counsel that the process of completing the assessments and forming a final decision in relation to Mr. Jaballah's application may require up to three months. That process is set out mainly, and in some detail, in sections 160-174 of the Regulations.

Submissions of the parties

[14] At the risk of inadequately expressing the submissions on behalf of Mr. Jaballah, I here set out my understanding of those submissions and of the position of the ministers concerning interpretation of the Act and the Regulations.

[15] For Mr. Jaballah it is urged that the IRPA provides for two tracks, one leading to determination by the Immigration and Refugee Board, and the other leading to the allowance or disallowance by the Minister of an application for protection. Part 2 of the IRPA provides for "Refugee Protection, Convention Refugees and Persons in Need of Protection" under sections 95-111, and for "Pre-removal Risk Assessment" under sections 112-116.

[16] Section 95 provides that refugee protection is conferred when (a) a person is determined to be a Convention refugee or to be in similar circumstances under a visa application and who obtains residency status, temporary or permanent, (b) the Board, i.e. the Immigration and Refugee Board, determines a person to be a Convention refugee or a person in need of protection, or (c), "except in the case of a person described in subsection 112(3), the Minister allows an application for protection". Counsel for Mr. Jaballah argues that section 95 grants authority for the Board or

du demandeur à l'égard de ces évaluations, reçue dans les quinze jours suivant la réception de celles-ci.

(2) Les évaluations suivantes sont fournies au demandeur:

a) une évaluation écrite au regard des éléments mentionnés à l'article 97 de la Loi;

b) une évaluation écrite au regard des éléments mentionnés aux sous-alinéas 113d)(i) ou (ii) de la Loi, selon le cas.

[13] Si la Cour confirme l'interprétation de l'avocat du ministre quant au processus prévu par la loi, le processus d'évaluation et de prise de la décision définitive relativement à la demande de M. Jaballah pourrait prendre, selon l'avocat du ministre, jusqu'à trois mois. Ce processus est expliqué de manière assez détaillée aux articles 160 à 174 du Règlement principalement.

Arguments des parties

[14] Au risque d'exposer de manière incomplète les arguments présentés au nom de M. Jaballah, j'explique ici ce que j'ai retenu de ces arguments et de la position des ministres concernant l'interprétation de la Loi et du Règlement.

[15] L'avocat de M. Jaballah soutient que la LIPR prévoit deux possibilités, l'une menant à la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié et l'autre à l'acceptation ou le refus par le ministre de la demande de protection. La partie 2 de la LIPR traite des notions d'asile, de réfugié au sens de la Convention et de personne à protéger aux articles 95 à 111 et de l'examen des risques avant renvoi aux articles 112 à 116.

[16] L'article 95 prévoit que l'asile est la protection conférée dès a) qu'il est établi, à la suite d'une demande de visa, qu'une personne est un réfugié au sens de la Convention ou se trouve dans une situation semblable et que cette personne obtient le statut de résident, temporaire ou permanent; b) que la Commission, c'est-à-dire la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, reconnaît à une personne la qualité de réfugié ou celle de personne à protéger; c) que «le ministre accorde la demande de protection, sauf si la personne est visée au paragraphe 112(3)». L'avocat de M. Jaballah

the Minister to grant protection, but that the exception in paragraph (c) means that the Minister does not have authority to grant an application for protection in the case of a person described in subsection 112(3), as Mr. Jaballah is as a person named in a certificate referred to in subsection 77(1).

[17] Further, for Mr. Jaballah it is urged that consideration of his application for protection, pursuant to subparagraph 113(d)(ii), which provides for persons included in subsection 112(3) to be considered on the basis of factors set out in section 97, and, in Mr. Jaballah's case, whether his application should be refused because of the danger he constitutes to the security of Canada, is a matter for consideration of the Board, not the Minister, since the Minister is precluded by paragraph 95(1)(c) from considering the application for protection made by Mr. Jaballah, a person included in paragraph 112(3)(d).

[18] On this basis it is urged that there is no basis for continuing consideration by this Court of the certificate of the Ministers concerned. It is said the determination directed by sections 77 and 80 is moot. Consideration of the balance between Mr. Jaballah's status as a person in need of protection under section 97 and the threat he poses to the security of Canada under subparagraph 113(d)(ii) is said to be a matter for the Board, not for the Minister, nor is it of interest to this Court. The certificate filed with the Court by the Minister of Citizenship and Immigration and the Solicitor General of Canada would simply remain outstanding and need not now be determined.

[19] Moreover, in view of the determination now made that Mr. Jaballah is a person in need of protection as defined by section 97, it is urged in regard to the balancing of factors required by subparagraph 113(d)(ii), the special circumstances required, in light of section 7 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], for removal from Canada of Mr. Jaballah are not likely to be

soutient que l'article 95 confère soit à la Commission ou au ministre le pouvoir d'accorder la protection, mais que l'exception précisée à l'alinéa c) signifie que le ministre n'a pas le pouvoir d'accorder la demande de protection dans le cas d'une personne visée au paragraphe 112(3) et qu'en l'espèce, M. Jaballah est une personne nommée au certificat visé au paragraphe 77(1).

[17] En outre, il est allégué au nom de M. Jaballah que l'examen de la demande de protection, aux termes du sous-alinéa 113d(ii) qui prévoit que, pour les personnes visées au paragraphe 112(3), il faut disposer de la demande sur la base des éléments mentionnés à l'article 97 et, dans le cas de M. Jaballah, du fait que sa demande devrait être rejetée en raison du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada, est une matière qui relève de la Commission, et non du ministre, puisque l'alinéa 95(1)c) empêche le ministre d'examiner la demande de protection présentée par M. Jaballah qui est une personne visée à l'alinéa 112(3)d).

[18] Il est allégué, compte tenu de ce raisonnement, qu'il n'y a pas lieu pour la Cour de continuer l'examen du certificat délivré par les ministres concernés. Il est dit que la décision découlant des articles 77 et 80 est sans objet et que la mise en balance de la question de l'état du demandeur comme personne à protéger aux termes de l'article 97 par rapport à celle de la menace qu'il pose pour la sécurité du Canada en vertu du sous-alinéa 113d(ii) relève de la Commission, non pas du ministre, et ne revêt aucun intérêt pour la Cour. Le certificat déposé auprès de la Cour par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le solliciteur général du Canada demeurerait simplement en instance et il ne serait nullement nécessaire d'en disposer à l'heure actuelle.

[19] En outre, en raison du fait qu'il a été décidé que M. Jaballah est une personne à protéger, suivant la définition donnée de cette notion à l'article 97, il est allégué que, au regard de la mise en balance de facteurs prescrite au sous-alinéa 113d(ii), il est peu probable que les circonstances particulières requises, à la lumière de l'article 7 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice

established. Those circumstances are referred to by the Supreme Court of Canada in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3. In that case the Court expressed these views, *inter alia*, at paragraphs 76, 77, 78:

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

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

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

II, n° 44]], pour le renvoi de M. Jaballah du Canada pourraient être établies. Ces circonstances sont celles auxquelles la Cour suprême du Canada a fait référence dans l’arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3. Dans cet arrêt, la Cour a notamment exprimé les points de vue suivants, aux paragraphes 76, 77, 78:

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

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

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

[20] At this stage in these proceedings this Court is not concerned with a decision concerning removal of Mr. Jaballah from Canada. If the result of this proceeding is a determination that the certificate of the ministers is reasonable, one result would be that the determination becomes a removal order (paragraph 81(b)), but that order is stayed with respect to a country or place in respect of which the applicant has been determined to be in need of protection by the Minister's decision (paragraph 114(1)(b)). If circumstances change, the stay of removal is subject to review, and may be cancelled by the Minister (subsection 114(2)). In my opinion it is premature to consider what may ultimately be determined in these proceedings, or in any proceedings which may follow them. Thus, interesting as the comments in *Suresh* are, they are not relevant to the issues now before this Court.

[21] There are two further arguments raised by counsel for Mr. Jaballah. In his view, the PRRA completed on behalf of the Minister constitutes the decision the Minister is directed by subsection 79(2) to make and at this stage the Minister has merely neglected to advise the Court directly of his decision. A declaration to this effect, is sought. Moreover, it is urged that the decision pursuant to paragraph 113(d) is not for the Minister to make since he is precluded by paragraph 95(1)(c) from granting an application for protection from someone within paragraph 112(3)(d).

[22] The last argument on behalf of Mr. Jaballah, is in response to a question concerning the meaning to be given to subsection 80(1) which directs the Court, after it is advised by the Minister of the decision on the application for protection, to determine whether the certificate of the Ministers' opinion is reasonable and whether the decision of the Minister on the application for protection is lawfully made. It is urged that since subsection 79(2) directs the Court on resumption of the proceedings only to review the lawfulness of the decision of the Minister, that provision "trumps" or prevails over

d'importance relative, il est difficile de prédire avec précision quel sera le résultat. L'étendue du pouvoir discrétionnaire exceptionnel d'expulser une personne risquant la torture dans le pays de destination, pour autant que ce pouvoir existe, sera définie dans des affaires ultérieures. [Renvois omis.]

[20] À cette étape-ci de la procédure, la Cour n'est pas concernée par une décision de renvoi de M. Jaballah du Canada. Si le certificat délivré par les ministres était jugé raisonnable, il en résulterait que cette décision constituerait une mesure de renvoi (alinéa 81b)) mais, par ailleurs, il serait sursis, pour le pays ou le lieu en cause, à la mesure de renvoi visant le demandeur à qui le ministre aurait reconnu le besoin de protection (alinéa 114(1)b)). En cas de changement dans les circonstances, le sursis à l'exécution de la mesure de renvoi devient matière à révision et il peut être révoqué (paragraphe 114(2)). À mon avis, il est trop tôt pour se prononcer sur le résultat final de l'instance ou de toute autre instance à venir. Par conséquent, aussi intéressants qu'ils puissent être, les propos tirés de l'arrêt *Suresh* ne sont pas pertinents à la résolution des questions dont la Cour est maintenant saisie.

[21] L'avocat de M. Jaballah a soulevé deux autres points. À son avis, l'ERAR effectuée au nom du ministre constitue la décision que le ministre est tenu de prendre en application du paragraphe 79(2) et à cette étape il a tout simplement négligé d'aviser directement la Cour de sa décision. Une déclaration à cet effet est sollicitée. En outre, il est allégué que la décision dont il est question à l'alinéa 113d) ne relève pas du ministre puisque l'alinéa 95(1)c) lui interdit d'accorder la demande de protection à une personne visée à l'alinéa 112(3)d).

[22] Le dernier argument de l'avocat de M. Jaballah est soulevé en réponse à une question concernant la signification à donner au paragraphe 80(1) qui prescrit que la Cour, après avoir été avisée par le ministre de la décision qu'il a rendue quant à la demande de protection, doit décider du caractère raisonnable du certificat délivré par les ministres et de la légalité de la décision prise par le ministre. Il est allégué que comme le paragraphe 79(2) prévoit que la Cour doit reprendre l'affaire seulement pour contrôler la légalité de la décision du ministre, cette disposition «a priorité» ou prévaut sur le paragraphe

subsection 80(1), and the Court's function, if the Minister's decision is lawful, is ended. I am not persuaded that the IRPA is to be read in this way. There is, in my view, no conflict between subsections 79(2) and 80(1) in relation to the Court's function in reviewing the lawfulness of the Minister's decision on the application for protection. The latter provision does also specifically reaffirm the task of this Court in considering the reasonableness of the Ministers' certificate, a task directed by subsection 77(1) to make a determination under section 80.

[23] For the Crown it is urged that counsel for Mr. Jaballah is avoiding the true interpretation of the IRPA, and is seeking to argue policy and why the Act should be construed as he contends. Counsel for the Minister concentrated argument on those provisions of IRPA, particularly subparagraph 113(d)(ii), and section 172 of the Regulations to support a two-stage procedure for the Minister to decide the application for protection. In counsel's view the construction urged for Mr. Jaballah was unacceptable since it did not reflect the Act and the Regulations as understood by the Minister.

ANALYSIS

[24] After consideration of submissions made when this matter was heard, it is my opinion, with respect to the interpretation proposed by counsel for Mr. Jaballah, that the Court is without authority under IRPA or otherwise to grant the orders sought in his application. While reference is made in Mr. Jaballah's motion to the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 as amended, and to subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, as sources of authority for the Court to act as requested, neither of those was urged in argument and I am not persuaded the Court should act as requested, particularly since, as I conclude, the relief sought is based on an unacceptable interpretation of IRPA.

[25] I reach that conclusion for the following reasons. I am not persuaded that section 95 of IRPA vests authority in either the Board or the Minister to grant or dismiss an application for protection. Rather, the Board

80(1) et, si la décision du ministre est jugée légale, le travail de la Cour est terminé. Je ne suis pas convaincu que la LIPR est rédigée en ce sens. Il n'y a, à mon avis, aucun conflit qui oppose les paragraphes 79(2) et 80(1) quant au contrôle de légalité que la Cour doit exercer sur la décision du ministre à l'égard de la demande de protection. La deuxième disposition réaffirme aussi expressément que la Cour doit décider du caractère raisonnable du certificat délivré par les ministres, une tâche prescrite au paragraphe 77(1) qui précise qu'il doit en être disposé au titre de l'article 80.

[23] La Couronne prétend que l'avocat de M. Jaballah évite la véritable interprétation de la LIPR et cherche à débattre des principes et elle demande pourquoi la Loi devrait être interprétée selon ses prétentions. L'avocat du ministre a concentré ses arguments sur les dispositions de la LIPR, particulièrement le sous-alinéa 113d)(ii) et l'article 172 du Règlement pour soutenir une démarche en deux étapes relativement à la décision du ministre à l'égard de la demande de protection. Selon l'avocat du ministre, l'interprétation plaidée pour M. Jaballah est inacceptable parce qu'elle ne reflète pas la Loi et le Règlement comme le ministre l'entend.

ANALYSE

[24] Après avoir examiné l'argumentation présentée à l'audience de la présente affaire, je suis d'avis, concernant l'interprétation proposée par l'avocat de M. Jaballah, que la Cour ne dispose d'aucun pouvoir en vertu de la LIPR ou autrement pour accorder les ordonnances demandées. Même si la requête de M. Jaballah fait référence à la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, et ses modifications, ainsi qu'au paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, comme sources de pouvoir pour que la Cour tranche comme on le lui demande, aucune de ces sources n'a été débattue dans l'argumentation et je ne suis pas convaincu que la Cour devrait agir comme on le lui demande, particulièrement en raison du fait, selon mes conclusions, que la réparation demandée est fondée sur une interprétation inacceptable de la LIPR.

[25] J'en suis venu à cette conclusion pour les motifs exprimés dans les lignes qui suivent. Je ne suis pas convaincu que l'article 95 de la LIPR confère soit à la Commission ou au ministre le pouvoir d'accorder ou de

is vested with authority under sections 100 and 101 to consider claims for refugee protection, and claims by persons to be in need of protection, when a claim is referred by an immigration officer. The authority for the Minister to grant an application for protection is derived from subsection 112(1) when an application for protection is made to the Minister. In my opinion, the Minister's authority is not based upon paragraph 95(1)(c). The latter merely provides that when the Minister allows an application for protection, refugee protection is conferred on a person concerned except in the case of a person described in subsection 112(3), as Mr. Jaballah is, by paragraph (3)(d) of section 112.

[26] Neither paragraph 95(1)(c) or section 112 specifically designates whether the Minister or the Board, shall determine an application for protection made by a person within subsection 112(3). As I read the Act section 112, subsection (1) provides for an application for protection to be made to the Minister by a person subject to a removal order or named in a certificate under subsection 77(1), but the application, in certain designated cases, including one from a person named in a certificate, may not result in refugee protection (paragraph 112(3)(d)). Implicitly, a decision upon an application for protection, made to the Minister under subsection 112(1), is to be made by the Minister. That conclusion is supported by section 79 which provides for suspension of these proceedings concerning a certificate in order for the Minister to decide an application for protection made under subsection 112(1). Under subsection 79(2) these proceedings are to be resumed when "the Minister shall give notice of the decision" in relation to the application for protection made under subsection 112(1) "and the judge shall review the lawfulness of the decision of the Minister".

[27] In my opinion the scheme of the Act, so far as it is relevant at this stage in these proceedings is this:

(1) Under subsection 77(1) the ministers concerned (i.e., of Citizenship and Immigration and the Solicitor General of Canada) may refer a certificate of their opinion, that a foreign national is inadmissible to Canada on grounds of national security, to this Court which then is to make

refuser une demande de protection. La Commission est plutôt investie, en vertu des articles 100 et 101, du pouvoir d'examiner les demandes d'asile et les demandes des personnes à protéger pour les cas qui lui sont déferés par l'agent d'immigration. Le pouvoir du ministre d'accorder une demande de protection est dérivé du paragraphe 112(1) lorsque cette demande est présentée au ministre. À mon avis, le pouvoir du ministre n'est pas fondé sur l'alinéa 95(1)c). Cette disposition prévoit simplement qu'en cas d'acceptation de la demande de protection par le ministre, l'asile est la protection conférée à la personne concernée sauf s'il s'agit d'une personne, comme M. Jaballah, visée à l'alinéa 112(3)d).

[26] Ni l'alinéa 95(1)c) ni l'article 112 ne désigne nommément le ministre ou la Commission pour disposer d'une demande de protection faite par une personne visée au paragraphe 112(3). À la lecture de Loi, il appert qu'en vertu du paragraphe 112(1), une demande de protection peut être présentée au ministre par une personne visée par une mesure de renvoi ou nommée au certificat délivré en vertu du paragraphe 77(1) mais, dans certains cas précis, notamment celui d'une personne nommée au certificat, l'asile ne peut être conféré (alinéa 112(3)d)). Implicitement, la décision concernant une demande de protection présentée au ministre en vertu du paragraphe 112(1) doit être prise par le ministre. Cette conclusion s'appuie sur l'article 79 qui prévoit la suspension de l'affaire concernant le certificat délivré pour permettre au ministre de disposer de la demande de protection présentée en vertu du paragraphe 112(1). Aux termes du paragraphe 79(2), l'instance doit reprendre lorsque «[l]e ministre notifie sa décision» concernant la demande de protection visée au paragraphe 112(1) et le juge «contrôle la légalité de la décision».

[27] À mon avis, l'esprit de la Loi, dans la mesure où ses dispositions sont pertinentes à cette étape de la procédure, s'établit comme suit:

1) En vertu du paragraphe 77(1), les ministres concernés (c'est-à-dire le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le solliciteur général du Canada) peuvent déposer auprès de la Cour un certificat attestant qu'un étranger est interdit de territoire pour raison de

a determination under section 80.

sécurité nationale pour qu'il en soit alors disposé au titre de l'article 80.

(2) Section 78 sets out the procedure to be followed by the Court in reaching its determination.

2) L'article 78 explique la procédure à suivre par la Cour pour rendre sa décision.

(3) Section 79 directs suspension of the proceedings on the request by the person affected or by the Minister, to permit the Minister to decide an application for protection made under subsection 112(1).

3) L'article 79 impose la suspension de l'affaire à la demande de la personne visée ou du ministre, pour permettre au ministre de décider de la demande de protection présentée en vertu du paragraphe 112(1).

(4) These proceedings, after suspension, are to resume in accord with subsection 79(2) when the Minister gives notice, to Mr. Jaballah in this case, and to the judge of this Court of the decision of the Minister on the application for protection.

4) L'instance, conformément au paragraphe 79(2), doit reprendre lorsque le ministre notifie à la personne concernée, soit M. Jaballah en l'espèce, et au juge de la Cour sa décision quant à la demande de protection.

(5) That decision, on the application for protection, in this case, shall be based on the factors set out in section 97, which defines a person in need of protection, and also on an assessment whether the application should be refused because of the danger the applicant constitutes to the security of Canada (subparagraph 113(d)(ii)).

5) En l'espèce, il est disposé de la demande de protection sur la base des éléments mentionnés à l'article 97, qui définit la notion de personne à protéger, et d'une appréciation du fait que la demande devrait être refusée en raison du danger que le demandeur constitue pour la sécurité du Canada (sous-alinéa 113d)(ii)).

(6) Upon resuming the proceedings, this Court shall consider the lawfulness of the decision of the Minister, (subsection 79(2)) and shall determine the reasonableness of the certificate and whether the decision on the application for protection is lawful (subsection 80(1)).

6) À la reprise de l'instance, la Cour contrôle la légalité de la décision du ministre (paragraphe 79(2)) et décide du caractère raisonnable du certificat et de la légalité de la décision touchant la demande de protection (paragraphe 80(1)).

(7) Subsection 112(1) provides for an application for protection to be made, in accord with Regulations, to the Minister by a person who is subject to a removal order or is described in subsection 77(1), as Mr. Jaballah is. Certain persons described in subsection 112(2) may not apply for protection, and by paragraphs 95(1)(c) and 112(3)(d) "refugee protection" as provided in section 95 does not result if the Minister allows an application for protection made by a person, *inter alia*, described in paragraph 112(3)(d), a person named in a certificate under subsection 77(1).

7) Le paragraphe 112(1) prévoit que la demande de protection doit être présentée, conformément aux règlements, au ministre par une personne touchée par une mesure de renvoi ou, dans le cas de M. Jaballah, par une personne visée au paragraphe 77(1). Certaines personnes se trouvant dans les situations décrites au paragraphe 112(2) ne sont pas admises à demander la protection et, en vertu des alinéas 95(1)c) et 112(3)d), l'«asile», aux termes de l'article 95, n'est pas conféré si le ministre accepte la demande de protection présentée notamment par une personne visée à l'alinéa 112(3)d), à savoir celle nommée sur le certificat dont il est question au paragraphe 77(1).

(8) The proceedings in relation to the ministers' certificate deemed filed pursuant to subsection 77(1),

8) L'instance relative au certificat délivré par les ministres et réputé déposé en vertu du paragraphe 77(1)

now suspended, are to resume upon advice to the Court, as well as to Mr. Jaballah, of the Minister's decision on the application for protection. I do not consider that notice of his decision has been provided to me, as the judge concerned, by the Minister. The PRRA report by a representative of the Minister has not been sent to the judge by the Minister as he is required to do when his decision is made.

[28] I hesitate to attempt any definitive interpretation of the process to be followed by the Minister in dealing with an application for protection, particularly in light of the prospect that at a future date I may be required to review the lawfulness of the Minister's decision considering the grounds referred to in subsection 18.1(4) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act*, which are sufficiently broad to include review of questions of law, of fact and of procedure.

[29] On the claim for Mr. Jaballah that section 160 *et seq.* of the Regulations are *ultra vires*, while argument at the hearing dealt primarily with section 172, I am not persuaded that that section or any other in Part 8, Division 4 of the Regulations, which includes sections 160 to 174 under the general heading "Pre-Removal Risk Assessment", is *ultra vires*. The argument for Mr. Jaballah on the validity of these Regulations is based on counsel's interpretation of paragraph 95(1)(c) of the IRPA, with a limited role for the Minister, in dealing with an application for protection. I am not persuaded by that interpretation as I have indicated. In my opinion an application for protection, made to the Minister in accord with subsection 112(1), is to be dealt with by the Minister.

[30] In doing so the Minister is bound by relevant provisions of the statute and of the Regulations. The statute specifically provides by section 116 for regulations relating to the application of Part I, Division 3 of the Act concerning pre-removal risk assessment, (i.e., sections 112-116). Section 116 includes authority to provide by regulation "for any matter relating to the application of this Division" including "provisions respecting procedures to be followed with respect to applications for protection". In my opinion, section 172 of the Regulations on its face

doit reprendre après avis à la Cour, ainsi qu'à M. Jaballah, de la décision du ministre quant à la demande de protection. J'estime que l'avis relatif à cette décision ne m'a pas été transmis par le ministre, puisque j'interviens comme juge de l'affaire. Le rapport de l'ERAR produit par un représentant du ministre n'a pas été envoyé au juge par le ministre comme ce dernier est requis de le faire lorsque sa décision est prise.

[28] J'hésite à faire toute tentative d'interprétation définitive du processus à suivre par le ministre pour disposer d'une demande de protection, particulièrement à la perspective d'avoir un jour à me prononcer sur la légalité de la décision du ministre au regard des motifs visés au paragraphe 18.1(4) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*, lesquels sont suffisamment larges pour englober l'examen des questions de droit, de fait et de procédure.

[29] Considérant l'allégation selon laquelle l'article 160 et suivants du Règlement sont *ultra vires*, et le fait que le débat à l'audience a principalement porté sur l'article 172 du Règlement, je ne suis pas convaincu que cet article ou toute autre disposition de la section 4 de la partie 8 du Règlement, laquelle réunit les articles 160 à 174 sous la rubrique générale «Examen des risques avant renvoi», sont *ultra vires*. Les prétentions de l'avocat de M. Jaballah quant à la validité de ces articles du Règlement sont fondées sur son interprétation de l'alinéa 95(1)c) de la LIPR, qui accorde au ministre un rôle limité pour disposer de la demande de protection. Comme je l'ai mentionné, cette interprétation ne me convainc pas. À mon avis, une demande de protection présentée au ministre conformément au paragraphe 112(1) doit être tranchée par le ministre.

[30] Ce faisant, le ministre est lié par les dispositions pertinentes de la Loi et du Règlement. La Loi prévoit expressément, à l'article 116, le recours aux règlements pour l'application de la section 3 de la partie I de la Loi, qui porte sur l'examen des risques avant renvoi (à savoir les articles 112 à 116). L'article 116 inclut le pouvoir de régir par règlement («l'application de la présente section») notamment «la procédure applicable à la demande de protection». À mon avis, l'article 172 du Règlement semble, de par sa nature, respecter les limites du large pouvoir discrétionnaire dont l'organisme de réglemen-

appears to be within the broad grant of regulating authority under section 116 of the Act and no persuasive argument has been made to determine otherwise.

CONCLUSION

[31] For the foregoing reasons, I dismiss the application for the relief and the orders sought on behalf of Mr. Jaballah.

[32] I do urge that the Minister of Citizenship and Immigration complete his assessment of Mr. Jaballah's application for protection and advise Mr. Jaballah and this Court of his decision, as soon as possible. I am concerned, as I expect the Minister will also be, that Mr. Jaballah's situation remains unresolved while he continues to be detained, now for a period of nearly 14 months. I acknowledge that period results in part from the time I required to fully appreciate the information before the Court in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Jaballah*, [1999] F.C.J. No. 1681 (T.D.) (QL), determined by Mr. Justice Cullen in November 1999 when he quashed the first certificate issued by the ministers, and the information before the Court in this case.

[33] For purposes of record, in view of the change in legislation applicable to these proceedings, this Court by its order also directs that the style of cause be modified, and be as set out at the commencement of these reasons and the accompanying order.

tation est investi en vertu de l'article 116 de la Loi et aucune thèse convaincante n'a été soutenue pour en décider autrement.

CONCLUSION

[31] Pour ces motifs, je rejette la demande de redressement et les ordonnances demandées au nom de M. Jaballah.

[32] Je presse toutefois le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de terminer son appréciation de la demande de protection de M. Jaballah et d'aviser ce dernier et la Cour de sa décision dès que possible. Je suis préoccupé, et j'espère que le ministre le sera également, par le fait que la situation de M. Jaballah demeure non résolue alors qu'il continue d'être détenu, depuis maintenant presque 14 mois. Je reconnais que ce délai est attribuable en partie au temps qu'il m'a fallu pour apprécier entièrement l'information dont la Cour a été saisie dans l'affaire *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Jaballah*, [1999] A.C.F. n° 1681 (1^{re} inst.) (QL), où M. le juge Cullen a ordonné en novembre 1999 l'annulation du premier certificat délivré par les ministres, ainsi que l'information présentée à la Cour dans la présente affaire.

[33] Pour les besoins du dossier, en raison des modifications apportées à la législation applicable à cette procédure, la Cour ordonne également que l'intitulé de la cause soit modifié et énoncé tel qu'il est présenté au début des présents motifs et de l'ordonnance les accompagnant.

Annex A

Statutory Provisions from the
Immigration and Refugee Protection Act,
S.C. 2001, c. 27.

...

PART 1

DIVISION 9

PROTECTION OF INFORMATION

...

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

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

...

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

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

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

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

Annexe A

Dispositions législatives de la
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés,
L.C. 2001, ch 27.

[. . .]

PARTIE 1

SECTION 9

EXAMEN DE RENSEIGNEMENTS À PROTÉGER

[. . .]

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

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

[. . .]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

...

PART 2

REFUGEE PROTECTION

DIVISION 1

REFUGEE PROTECTION, CONVENTION REFUGEES AND PERSONS IN NEED OF PROTECTION

95. (1) Refugee protection is conferred on a person when

(a) the person has been determined to be a Convention refugee or a person in similar circumstances under a visa application and becomes a permanent resident under the visa or a temporary resident under a temporary resident permit for protection reasons;

(b) the Board determines the person to be a Convention refugee or a person in need of protection; or

(c) except in the case of a person described in subsection 112(3), the Minister allows an application for protection.

...

97. (1) A person in need of protection is a person in Canada whose removal to their country or countries of nationality or, if they do not have a country of nationality, their country of former habitual residence, would subject them personally

(a) to a danger, believed on substantial grounds to exist, of torture within the meaning of Article 1 of the Convention Against Torture; or

(b) to a risk to their life or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment if

(i) the person is unable or, because of that risk, unwilling to avail themselves of the protection of that country,

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

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

[...]

PARTIE 2

PROTECTION DES RÉFUGIÉS

SECTION 1

NOTIONS D'ASILE, DE RÉFUGIÉ ET DE PERSONNE À PROTÉGER

95. (1) L'asile est la protection conférée à toute personne dès lors que, selon le cas:

a) sur constat qu'elle est, à la suite d'une demande de visa, un réfugié ou une personne en situation semblable, elle devient soit un résident permanent au titre du visa, soit un résident temporaire au titre d'un permis de séjour délivré en vue de sa protection;

b) la Commission lui reconnaît la qualité de réfugié ou celle de personne à protéger;

c) le ministre accorde la demande de protection, sauf si la personne est visée au paragraphe 112(3).

[...]

97. (1) A qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et serait personnellement, par son renvoi vers tout pays dont elle a la nationalité ou, si elle n'a pas de nationalité, dans lequel elle avait sa résidence habituelle, exposée:

a) soit au risque, s'il y a des motifs sérieux de le croire, d'être soumise à la torture au sens de l'article premier de la Convention contre la torture;

b) soit à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités dans le cas suivant:

(i) elle ne peut ou, de ce fait, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

(ii) the risk would be faced by the person in every part of that country and is not faced generally by other individuals in or from that country,

(iii) the risk is not inherent or incidental to lawful sanctions, unless imposed in disregard of accepted international standards, and

(iv) the risk is not caused by the inability of that country to provide adequate health or medical care.

(2) A person in Canada who is a member of a class of persons prescribed by the regulations as being in need of protection is also a person in need of protection.

98. A person referred to in section E or F of Article 1 of the Refugee Convention is not a Convention refugee or a person in need of protection.

DIVISION 2

CONVENTION REFUGEES AND PERSONS IN NEED OF PROTECTION

...

DIVISION 3

PRE-REMOVAL RISK ASSESSMENT

...

112. (1) A person in Canada, other than a person referred to in subsection 115(1), may, in accordance with the regulations, apply to the Minister for protection if they are subject to a removal order that is in force or are named in a certificate described in subsection 77(1).

...

(3) Refugee protection may not result from an application for protection if the person

(a) is determined to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality;

(b) is determined to be inadmissible on grounds of serious criminality with respect to a conviction in Canada punished by a term of imprisonment of at least two years or with respect to a conviction outside Canada for an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years;

(c) made a claim to refugee protection that was rejected on the basis of section F of Article 1 of the Refugee Convention; or

(ii) elle y est exposée en tout lieu de ce pays alors que d'autres personnes originaires de ce pays ou qui s'y trouvent ne le sont généralement pas,

(iii) la menace ou le risque ne résulte pas de sanctions légitimes—sauf celles infligées au mépris des normes internationales—et inhérents à celles-ci ou occasionnés par elles,

(iv) la menace ou le risque ne résulte pas de l'incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats.

(2) A également qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et fait partie d'une catégorie de personnes auxquelles est reconnu par règlement le besoin de protection.

98. La personne visée aux sections E ou F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés ne peut avoir la qualité de réfugié ni de personne à protéger.

SECTION 2

RÉFUGIÉS ET PERSONNES À PROTÉGER

[. . .]

SECTION 3

EXAMEN DES RISQUES AVANT RENVOI

[. . .]

112. (1) La personne se trouvant au Canada et qui n'est pas visée au paragraphe 115(1) peut, conformément aux règlements, demander la protection au ministre si elle est visée par une mesure de renvoi ayant pris effet ou nommée au certificat visé au paragraphe 77(1).

[. . .]

(3) L'asile ne peut être conféré au demandeur dans les cas suivants:

a) il est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée;

b) il est interdit de territoire pour grande criminalité pour déclaration de culpabilité au Canada punie par un emprisonnement d'au moins deux ans ou pour toute déclaration de culpabilité à l'extérieur du Canada pour une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans;

c) il a été débouté de sa demande d'asile au titre de la section F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés;

(d) is named in a certificate referred to in subsection 77(1).

113. Consideration of an application for protection shall be as follows:

(a) an applicant whose claim to refugee protection has been rejected may present only new evidence that arose after the rejection or was not reasonably available, or that the applicant could not reasonably have been expected in the circumstances to have presented, at the time of the rejection;

(b) hearing may be held if the Minister, on the basis of prescribed factors, is of the opinion that a hearing is required;

(c) in the case of an applicant not described in subsection 112(3), consideration shall be on the basis of sections 96 to 98;

(d) in the case of an applicant described in subsection 112(3), consideration shall be on the basis of the factors set out in section 97 and

(i) in the case of an applicant for protection who is inadmissible on grounds of serious criminality, whether they are a danger to the public in Canada, or

(ii) in the case of any other applicant, whether the application should be refused because of the nature and severity of acts committed by the applicant or because of the danger that the applicant constitutes to the security of Canada.

114. (1) A decision to allow the application for protection has

(a) in the case of an applicant not described in subsection 112(3), the effect of conferring refugee protection; and

(b) in the case of an applicant described in subsection 112(3), the effect of staying the removal order with respect to a country or place in respect of which the applicant was determined to be in need of protection.

(2) If the Minister is of the opinion that the circumstances surrounding a stay of the enforcement of a removal order have changed, the Minister may re-examine, in accordance with paragraph 113(d) and the regulations, the grounds on which the application was allowed and may cancel the stay.

(3) If the Minister is of the opinion that a decision to allow an application for protection was obtained as a result of directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts on a relevant matter, the Minister may vacate the decision.

d) il est nommé au certificat visé au paragraphe 77(1).

113. Il est disposé de la demande comme il suit:

a) le demandeur d'asile débouté ne peut présenter que des éléments de preuve survenus depuis le rejet ou qui n'étaient alors pas normalement accessibles ou, s'ils l'étaient, qu'il n'était pas raisonnable, dans les circonstances, de s'attendre à ce qu'il les ait présentés au moment du rejet;

b) une audience peut être tenue si le ministre l'estime requis compte tenu des facteurs réglementaires;

c) s'agissant du demandeur non visé au paragraphe 112(3), sur la base des articles 96 à 98;

d) s'agissant du demandeur visé au paragraphe 112(3), sur la base des éléments mentionnés à l'article 97 et, d'autre part:

(i) soit du fait que le demandeur interdit de territoire pour grande criminalité constitue un danger pour le public au Canada,

(ii) soit, dans le cas de tout autre demandeur, du fait que la demande devrait être rejetée en raison de la nature et de la gravité de ses actes passés ou du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada.

114. (1) La décision accordant la demande de protection a pour effet de conférer l'asile au demandeur; toutefois, elle a pour effet, s'agissant de celui visé au paragraphe 112(3), de surseoir, pour le pays ou le lieu en cause, à la mesure de renvoi le visant.

(2) Le ministre peut révoquer le sursis s'il estime, après examen, sur la base de l'alinéa 113d) et conformément aux règlements, des motifs qui l'ont justifié, que les circonstances l'ayant amené ont changé.

(3) Le ministre peut annuler la décision ayant accordé la demande de protection s'il estime qu'elle découle de présentations erronées sur un fait important quant à un objet pertinent, ou de réticence sur ce fait.

(4) If a decision is vacated under subsection (3), it is nullified and the application for protection is deemed to have been rejected.

...

116. The regulations may provide for any matter relating to the application of this Division, and may include provisions respecting procedures to be followed with respect to applications for protection and decisions made under section 115, including the establishment of factors to determine whether a hearing is required.

(4) La décision portant annulation emporte nullité de la décision initiale et la demande de protection est réputée avoir été rejetée.

[. . .]

116. Les règlements régissent l'application de la présente section et portent notamment sur la procédure applicable à la demande de protection et à une décision rendue sous le régime de l'article 115, notamment la détermination des facteurs applicables à la tenue d'une audience.

A-332-01
2003 FCA 30

A-332-01
2003 CAF 30

Correctional Service of Canada and Commissioner of Corrections (Appellants)

v.

Matthew G. Yeager (Respondent)

INDEXED AS: YEAGER v. CANADA (CORRECTIONAL SERVICE) (C.A.)

Court of Appeal, Stone, Isaac and Malone JJ.A.—
Ottawa, May 22, 2002 and January 22, 2003.

Access to Information — Criminologist and penal system critic requesting from Correctional Service of Canada (CSC) data, code book, software — CSC Research Branch conducting statistical research on corrections — Having access to classified databases of other government institutions — Information accessed by electronic links to computer networks — Requested data not existing but could be recreated — Requiring considerable resources, expertise over extended time — Necessity for purging data of personal identifiers — Denial of requests upheld by Information Commissioner — F.C.T.D. Judge ordering production of data, code book but not software as for use only on mainframe computer, not “record” as defined by Act — Novel issues before F.C.A.: is software a “record”, must government institution create, furnish non-existent records — Data, code book meeting definition of “record” in Access to Information Act, s. 3 — Under s. 4(3), record that does not exist deemed record if can be produced from machine readable record under control of government institution — Appellants’ argument, statute not requiring creation of something not existing in any form, rejected as contrary to wording of provision, statutory construction principles, purpose of legislation — Respondent’s request was for reasons approved of by S.C.C. in Dagg case — Limitations on disclosure obligation — F.C.T.D. Judge ignored significant evidence, erred in concluding CSC operations not unreasonably interfered with if having to disclose information requested — Difference between data, code book one of degree: disclosure of latter requiring more effort — Going to unreasonableness issue — Nothing turning on fact software for use with mainframe — Real issue: is computer software existing “record” within Act, s. 3 — Software not “record” but used to generate, view, edit record — Software not analogous to items listed in s. 3 — Under external developer’s control, not government institution’s — Costs awarded unsuccessful respondent as appeal raising important new principles.

Le Service correctionnel du Canada et le Commissaire du Service correctionnel (appelants)

c.

Matthew G. Yeager (intimé)

RÉPERTORIÉ: YEAGER c. CANADA (SERVICE CORRECTIONNEL) (C.A.)

Cour d’appel, les juges Stone, Isaac et Malone, J.C.A.—
Ottawa, 22 mai 2002 et 22 janvier 2003.

Accès à l’information — Un criminologue et critique du système pénal avait demandé des données, un cahier de codes et un logiciel au Service correctionnel du Canada (le SCC) — La Direction générale de la recherche du SCC mène des recherches statistiques sur le système correctionnel — Elle peut accéder aux bases de données classifiées d’autres institutions fédérales — Le SCC obtient lesdits renseignements par voie électronique en se branchant sur des réseaux informatiques — Les données demandées n’existaient pas, mais elles pouvaient être reconstituées — Le travail de reconstitution nécessitait des ressources considérables et des connaissances spécialisées durant une période prolongée — Nécessité d’expurger les données par suppression des identificateurs personnels — Le refus des demandes a été confirmé par le Commissaire à l’information — Le juge de la Section de première instance a ordonné la production des données et du cahier de codes, mais non du logiciel, qui ne pouvait être utilisé que sur un ordinateur central, et qui n’était pas un «document» au sens de la Loi — Questions inédites soumises à la Section d’appel: un logiciel est-il un «document», et une institution fédérale doit-elle créer et communiquer des documents inexistantes? — Les données et le cahier de codes répondaient à la définition de «document», à l’art. 3 de la Loi sur l’accès à l’information — Selon l’art. 4(3), un document qui n’existe pas est réputé un document s’il est possible de le préparer à partir d’un document informatisé relevant d’une institution fédérale — L’argument des appelants, selon lequel la Loi ne les obligeait pas à créer des éléments qui n’existaient sous aucune forme, a été rejeté comme contraire au texte de la disposition, aux principes d’interprétation législative et à l’objet de la Loi — La demande de l’intimé s’appuyait sur des motifs approuvés par la C.S.C. dans l’arrêt Dagg — Limites à l’obligation de communication — Le juge de la Section de première instance a ignoré d’importants éléments de preuve, et elle a commis une erreur en disant que la communication des renseignements demandés ne constituerait pas une entrave sérieuse au

fonctionnement du SCC — La différence entre des données et un cahier de codes est une différence de degré: la communication du cahier de codes nécessiterait un effort supplémentaire — Question de l'entrave sérieuse — La question n'était pas de savoir si le logiciel devait être utilisé avec un ordinateur central — Question véritable: un logiciel d'ordinateur était-il un «document» existant, au sens de l'art. 3 de la Loi? — Un logiciel n'est pas un «document», mais il est utilisé pour générer, visionner ou corriger un document — Un logiciel n'est pas apparenté aux éléments énumérés dans l'art. 3 — Il relève du concepteur externe, non de l'institution fédérale — Dépens adjugés à l'intimé, qui n'a pas eu gain de cause, car l'appel soulevait un principe important et nouveau.

Construction of Statutes — Whether certain information government institution refusing to disclose “record” within Access to Information Act, s. 3 — Whether s. 4(3) (requiring production of certain material that does not exist but can be produced from machine readable record) to be interpreted as requiring creation of something not existing in any form — Interpretation suggested by institution offending numerous statutory construction principles: “plausible meaning rule”, “presumption of linguistic competence”, “rule against tautology”.

Practice — Judgments and Orders — Reversal or Variation — Motion for reconsideration under Federal Court Rules, 1998, r. 397(1)(a) — Order issued by Motions Judge upon judicial review of government institution's denial of access to information request not dealing with all issues in reasons — Problem discovered only when reasons for judgment in preparation by F.C.A. — Further hearing held, submissions received from counsel who accepted Court's suggestion: motion for reconsideration as order not in accord with reasons and amendment of appeal pleadings.

Practice — Costs — Motions Judge making no order as to costs as success divided upon judicial review of denial of access to information request — Requester unsuccessful before F.C.A. but awarded costs throughout, on party-and-party basis, as appeal raising important new principle in relation to legislation — Dissenting Judge would have awarded \$20,000 lump sum under Federal Court Rules, 1998 r. 400(4) as best reflecting Parliament's intention reasonable costs be awarded.

This was an appeal and cross-appeal from the order of a Motions Judge upon respondent's application for judicial

Interprétation des lois — Certains renseignements qu'une institution fédérale avait refusé de communiquer étaient-ils un «document» au sens de l'art. 3 de la Loi sur l'accès à l'information? — L'art. 4(3) (qui requiert la préparation de certains documents qui n'existent pas mais qu'il est possible de préparer à partir d'un document informatisé) exige-t-il la préparation de quelque chose qui n'existe sous aucune forme? — L'interprétation proposée par l'institution était contraire à de nombreux principes d'interprétation législative: «règle du sens le plus vraisemblable», «présomption de l'harmonie linguistique», «principe de non-tautologie».

Pratique — Jugements et ordonnances — Annulation ou modification — Requête en réexamen selon la règle 397(1)(a) des Règles de la Cour fédérale (1998) — L'ordonnance rendue par le juge des requêtes après contrôle judiciaire du refus de l'institution fédérale de faire droit à la demande d'accès à l'information ne disposait pas de tous les points traités dans les motifs — La faille de l'ordonnance n'a été découverte qu'au moment de la rédaction des motifs de la Section d'appel — Une nouvelle audience a eu lieu, et des conclusions ont été reçues des avocats, qui ont accepté la proposition de la Cour: requête en réexamen pour défaut de concordance de l'ordonnance avec les motifs exposés, et modification des actes de procédure déposés dans l'appel.

Pratique — Frais et dépens — Le juge des requêtes n'a rendu aucune ordonnance sur les dépens puisque le résultat était partagé dans le contrôle judiciaire du refus de faire droit à la demande d'accès à l'information — Le requérant n'a pas eu gain de cause devant la C.A.F., mais il a obtenu ses dépens partie-partie, dans la présente instance et dans les instances antérieures, car l'appel soulevait, au regard de la législation, un principe important et nouveau — Le juge dissident aurait adjugé une somme forfaitaire de 20 000 \$ en vertu de la règle 400(4) des Règles de la Cour fédérale (1998), somme qui selon lui rendrait mieux compte de l'intention véritable du législateur.

Il s'agissait d'un appel et d'un appel incident formés contre l'ordonnance d'un juge des requêtes qui avait statué sur la

review of a decision made by the Correctional Service of Canada (CSC) and the Commissioner of Corrections.

The Research Branch of CSC conducts statistical research in the corrections field. It is granted access to classified databases maintained by such agencies as the RCMP, Canadian Police Information Centre and the National Parole Board. These databases contain sensitive information on victims and offenders. Access thereto is restricted to those with enhanced security clearance. The CSC accesses this information online using electronic links to the agencies' computer networks. Matthew Yeager, the respondent, is a criminologist and a critic of the Canadian penal system as well as the policies that underlie the system. Yeager requested that appellants furnish certain information related to this research: data, a code book needed to interpret the data and software enabling use of the data on a personal computer. The data was the CSC release cohort used to recalibrate the General Statistical Indicator of Recidivism (with personal identifiers deleted). The code book used to define and identify the variables and a copy of the Offender Intake Assessment software were also requested. The evidence was that the requested data did not exist but could be recreated. This would involve doing the research project all over again and would require the dedication of considerable resources and expertise over an extended period of time. Additional effort would be required to purge the data of all personal identifiers. As to the request for a code book, such had not been prepared for the data requested. The software requested by respondent exists in a format for use on a mainframe computer system rather than on a personal computer (p.c.). This software was a massive repository of text files, the development of which had been a multi-million dollar project. Appellants rejected all of Yeager's requests, taking the position that there was no statutory requirement to create records that do not exist. Following an unsuccessful complaint to the Information Commissioner, respondent applied to the Trial Division for judicial review.

The Motions Judge held in Yeager's favour, concluding that CSC had failed to discharge the burden of establishing that production of the data and code book would unreasonably interfere with its operations. The Judge did conclude that the software does not exist in p.c. format and that, in any event, it is not a "record" as defined by the *Access to Information Act*.

demande de contrôle judiciaire d'une décision prise par le Service correctionnel du Canada (le SCC) et le Commissaire du Service correctionnel.

La Direction générale de la recherche du SCC mène des recherches statistiques intéressant le système correctionnel. Elle peut accéder aux bases de données classifiées d'autres organismes, par exemple la GRC, le Centre d'information de la police canadienne et la Commission nationale des libérations conditionnelles. Ces bases de données contiennent des renseignements sensibles sur les victimes et les délinquants. Seuls les employés ayant subi une vérification approfondie de fiabilité peuvent y accéder. Le SCC obtient lesdits renseignements par voie électronique en se branchant sur les réseaux informatiques des organismes susmentionnés. Matthew Yeager, l'intimé, est un criminologue et un critique du système pénal canadien, ainsi que des lignes de conduite propres à ce système. Il avait demandé aux appellants de lui communiquer certains renseignements liés à ces recherches: des données, un cahier de codes servant à interpréter les données, et un logiciel permettant d'utiliser les données sur un ordinateur personnel. Les données étaient les données sur la cohorte des détenus élargis qui étaient utilisées pour recalibrer l'Information statistique générale sur la récidive (avec suppression des identificateurs personnels). Étaient également demandés le cahier de codes utilisé pour définir et repérer les variables, ainsi qu'une copie du logiciel d'évaluation initiale des délinquants. Selon la preuve, les données demandées n'existaient pas, mais pouvaient être reconstituées. Il eût fallu pour cela recommencer intégralement le projet de recherche, ce qui eût nécessité des ressources considérables, ainsi que du temps et des connaissances techniques. Un effort additionnel aurait été requis pour expurger les données par suppression de tous les identificateurs personnels. S'agissant de la demande relative à un cahier de codes, un tel cahier n'avait pas été préparé pour les données demandées. Le logiciel demandé par l'intimé existait en une forme permettant son utilisation dans un système informatique central, non sur un ordinateur personnel. Ce logiciel était un dépôt colossal de fichiers-textes, dont le développement avait été un travail de plusieurs millions de dollars. Les appellants ont refusé toutes les demandes de l'intimé, en affirmant que la Loi ne les obligeait pas à constituer des documents qui n'existent pas. Après s'être plaint en vain auprès du Commissaire à l'information, l'intimé s'est adressé à la Section de première instance pour obtenir un contrôle judiciaire.

Le juge des requêtes a statué en faveur de M. Yeager, en concluant que le SCC n'avait pas réussi à prouver que la production des données et du cahier de codes entraverait de façon sérieuse son fonctionnement. Selon le juge des requêtes cependant, le logiciel n'existait pas en une forme permettant son utilisation sur un ordinateur personnel et, en tout état de cause, il ne s'agissait pas d'un «document» au sens de la *Loi sur l'accès à l'information*.

It was only when the reasons for judgment of this Court were being prepared that it was noticed that the order issued by the Motions Judge failed to deal with all of the issues covered in her reasons for order. A further hearing was accordingly held at which submissions were received from counsel as to how best to proceed. Counsel accepted the Court's suggestion that respondent move before the Motions Judge, under paragraph 397(1)(a) of the *Federal Court Rules, 1998*, for reconsideration of the order as not in accord with the reasons, and that pleadings in the appeal be amended accordingly. This was done and the Court concluded that the cross-appeal had been properly constituted.

The Court was, for the first time, required by this appeal to interpret subsection 4(3) of the *Access to Information Act* and section 3 of the *Access to Information Regulations* in determining whether computer software is a "record" and whether appellants have to create and furnish records that do not exist.

Held (Malone J.A. dissenting in part), the appeal should be allowed, the cross-appeal dismissed but respondent should be awarded costs both here and below.

Per Isaac J.A. (Stone J.A. concurring): Following the teaching of the Supreme Court of Canada in *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, the issue for resolution herein was whether each of the data, code book and software is a "record" under CSC's control. Under the definition of "record" found in section 3 of the Act, the data and code book would be a "record", but neither exists. The data requested would have to be recreated and modified and a code book prepared. While the software does exist, it is less clear whether it is a "record".

Under subsection 4(3), "any record . . . that does not exist but can, subject to such limitations as may be prescribed by regulation, be produced from a machine readable record under the control of a government institution . . . shall be deemed to be a record". Appellants' argument was that this statutory provision should not be interpreted as requiring the creation of something that does not exist in any form. They insist that there is no obligation to create a record that does not already exist in machine readable form. That interpretation is in stark contrast with the wording of the provision, contrary to the principles of statutory construction and went against the overarching purpose of the access to information legislation. Subsection 4(3), which applies where a record "does not exist", does not contain a clause "other than in machine

Ce n'est que lorsque les motifs de la Section d'appel étaient en cours de rédaction que l'on s'est rendu compte que l'ordonnance rendue par le juge des requêtes ne disposait pas de tous les points traités dans les motifs du juge des requêtes. Une nouvelle audience a donc eu lieu, au cours de laquelle les avocats ont déposé des conclusions sur la meilleure manière de s'y prendre. Les avocats ont souscrit à l'idée de la Cour, qui proposait que l'intimé prie le juge des requêtes, en application de l'alinéa 397(1)a) des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, d'examiner de nouveau l'ordonnance pour défaut de concordance avec les motifs exposés, et que les actes de procédure déposés dans l'appel soient modifiés en conséquence. Cela fut fait, et la Cour a conclu que l'appel incident avait été valablement constitué.

L'appel obligeait la Cour à interpréter pour la première fois le paragraphe 4(3) de la *Loi sur l'accès à l'information* et l'article 3 du *Règlement sur l'accès à l'information*, pour savoir si un logiciel d'ordinateur est un «document» et si les appelants doivent constituer des documents qui n'existent pas et les communiquer.

Arrêt (dissidence partielle du juge Malone, J.C.A.): L'appel est accueilli, l'appel incident est rejeté, mais les dépens sont adjugés à l'intimé, dans la présente instance et dans les instances antérieures.

Le juge Isaac, J.C.A. (le juge Stone, J.C.A., étant d'accord): À la suite des enseignements de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, le point à résoudre dans la présente affaire était de savoir si les données, le cahier de codes et le logiciel constituent des «documents» relevant du SCC. Selon la définition de «document», à l'article 3 de la Loi, les données et le cahier de codes constitueraient des «documents», mais ni les données ni le cahier n'existent. Il faudrait que les données demandées soient reconstituées et modifiées, et il faudrait qu'un cahier de codes soit rédigé. Quant au logiciel, il existe, mais il n'est pas certain qu'il soit un «document».

Selon le paragraphe 4(3), «des documents qu'il est possible de préparer à partir d'un document informatisé relevant d'une institution fédérale sont eux-mêmes considérés comme relevant de celle-ci, même s'ils n'existent pas en tant que tels au moment où ils font l'objet d'une demande de communication». Selon les appelants, cette disposition ne les obligeait pas à créer des éléments qui n'existaient sous aucune forme. Ils insistent pour dire qu'ils ne sont pas tenus de créer un document à moins que ce document n'existe déjà en version informatisée. Cette interprétation contraste vivement avec le texte de cette disposition, d'une manière qui ne s'accorde pas avec les principes reconnus d'interprétation législative ni avec l'objet général de la législation sur l'accès à l'information. Le paragraphe 4(3), qui s'applique lorsqu'un document «n'existe

readable form” or words to that effect. Since subsection 4(1) contemplates that a machine readable record must be supplied, subsection 4(3) would be devoid of meaning if interpreted as suggested by appellants. The principles of statutory construction offended by appellants’ interpretation include: the “plausible meaning rule”, the “presumption of linguistic competence” and the “rule against tautology”. In enacting subsection 4(3) Parliament must have contemplated two different records: a new and distinct record must be produced from an existing machine readable record. Respondent’s access request is for the very reasons contemplated by the Supreme Court in *Dagg*: to participate in and ensure the accountability of Canadian government research and to analyse the Canadian penal system.

It remained, however, to determine the meaning of the phrase “from a machine readable record”. The answer to that was contextual and fact-specific. Whether a record is producible “from” a machine readable record depends upon several factors, including the amount of independent composition in comparison with purely mechanical editing.

There are, however, limitations on the obligation on government institutions to produce otherwise non-existent records. Subsection 4(3) states that non-existent records have to be produced only where capable of production “using computer hardware and software and technical expertise normally used by the government institution”. Then, under section 3 of the Regulations, a non-existent record “need not be produced where the production thereof would unreasonably interfere with the operation of the institution”. The Motions Judge ordered provision of the data and code book having found that appellants had adduced no evidence of unreasonable interference. In so concluding, the Judge below ignored significant evidence in the record. On the evidence, it had to be concluded that compliance with respondent’s request would constitute unreasonable interference with appellants’ operations. In particular, the Motions Judge wrote that she had “no idea whether it has a large staff and a complex computer system . . . [or] a small staff and limited computer capacity”. There was, in fact, testimony that CSC had many databases, 1200 workers and many researchers. There was on the record an abundance of information regarding CSC’s computer and human resources. Nor did the evidence support the Motion Judge’s comment that she had been given no indication as to whether any important or urgent matters were being researched. Rather than examining all the evidence presented, the Motions Judge was extremely selective in the evidence she considered. In addition, the Judge placed too high a burden

pas», ne parle pas d’un document qui n’existe pas «si ce n’est en version informatisée», ni n’emploie de mots ayant le même effet. Puisque le paragraphe 4(1) prévoit qu’un enregistrement informatisé doit être communiqué, le paragraphe 4(3) serait dépourvu de toute signification s’il était interprété comme le proposent les appelants. L’interprétation proposée par les appelants est contraire aux principes d’interprétation législative, à savoir le «principe du sens le plus vraisemblable», la «présomption de l’harmonie linguistique» et le «principe de non-tautologie». Lorsqu’il a édicté le paragraphe 4(3), le législateur devait avoir à l’esprit deux types de documents: un document nouveau et distinct doit être préparé à partir d’un document informatisé existant. La demande d’accès de l’intimé s’accorde avec les raisons elles-mêmes envisagées par la Cour suprême dans l’arrêt *Dagg*: participer aux activités de recherche et d’analyse du gouvernement canadien concernant le système pénal canadien, et faire en sorte qu’il soit rendu compte de telles activités à la population.

Il restait cependant à déterminer le sens de l’expression «à partir d’un document informatisé». La réponse à cette question était contextuelle et tributaire des faits. La question de savoir si un document peut effectivement être préparé «à partir» d’un document informatisé dépend de plusieurs facteurs, notamment de la quantité requise de composition indépendante, par opposition à une mise en forme purement mécanique.

Il y a cependant des limites à l’obligation des institutions fédérales de produire des documents par ailleurs inexistantes. Le paragraphe 4(3) précise que des documents inexistantes doivent être préparés uniquement s’ils peuvent l’être avec le matériel, le logiciel et les compétences techniques dont dispose normalement l’institution fédérale. Ainsi, selon l’article 3 du Règlement, la préparation d’un document qui n’existe pas comme tel n’est pas obligatoire lorsque cette préparation entraverait de façon sérieuse le fonctionnement de l’institution concernée. Le juge des requêtes avait ordonné aux appelants de communiquer à l’intimé un exemplaire des données et un cahier de codes parce que, selon elle, ils n’avaient pas prouvé que la demande entraverait de façon sérieuse leur fonctionnement. En concluant de la sorte, le juge des requêtes ignorait d’importants éléments de preuve présents dans le dossier. Au vu de la preuve, le juge des requêtes se devait de conclure que faire droit à la demande de l’intimé constituerait une entrave sérieuse au fonctionnement des appelants. Plus précisément, le juge des requêtes avait écrit qu’elle «ignorait si la Direction générale de la recherche du SCC compte un personnel important ou si elle dispose d’un système informatique complexe. . . ou encore si elle travaille avec un personnel et une capacité informatique limitée». Il y avait en réalité des témoignages attestant que le SCC avait de nombreuses bases de données, 1 200 employés et de nombreux chercheurs. Un examen minutieux du dossier révélait qu’il existait en réalité une foule d’informations sur les ressources

upon appellants to justify their refusal. The Supreme Court judgment in *Reza v. Canada* was authority for the proposition that, where a motions judge has failed to give sufficient weight to all relevant considerations, an appellate court is entitled to intervene.

Appellants failed in their attempt to distinguish between the data and the code book: the difference between the two was merely one of degree. Production of a code book would require somewhat more time and effort, but would nevertheless be prepared “from” the underlying machine readable record. This greater effort does, of course, impact upon the issue of unreasonable interference with the appellants’ operations. Again, the evidence did demonstrate that producing a code book would unreasonably interfere with appellants’ operations.

As for the cross-appeal, respondent’s argument was that the Motions Judge erred in assuming he had to have the software in p.c. useable format. That submission was not without merit and the essential question was as to whether the mainframe computer software is an existing “record” within Act, section 3. The Motions Judge did not err in concluding that the software was not a “record”. Software is used to generate, view or edit a record; it is not a record itself software is not analogous to any of the items listed in section 3. Furthermore, the software is not “under the control of a government institution”—it is under an external developer’s control, appellants being mere licensees.

As held by the Motions Judge, there was here no infringement of respondent’s Charter right to freedom of expression.

Turning to the matter of costs, the Motions Judge made no order as to costs, in that “success was evenly divided”. The appeal and cross-appeal, however, required this Court to, for the first time, consider Act, subsection 4(3) and Regulations, section 3. Under section 53 of the Act, the Court may award costs to applicant, even if unsuccessful, if of opinion that the review application has raised an important new principle in relation to the Act. The issues raised herein do involve important new principles and respondent should be awarded his costs throughout on a party-and-party basis.

informatiques et humaines du SCC. La preuve n’autorisait pas non plus l’observation du juge des requêtes selon laquelle on ne lui avait pas fourni d’indices permettant de savoir si des recherches sur des questions importantes ou urgentes étaient menées. Au lieu de passer en revue toute la preuve produite, le juge des requêtes a été extrêmement sélective dans la preuve dont elle a tenu compte. Le juge des requêtes a également exagéré l’obligation qu’avaient les appelants de justifier leur refus. Selon l’arrêt rendu par la Cour suprême dans l’affaire *Reza c. Canada*, lorsqu’un juge des requêtes n’a pas accordé un poids suffisant à tous les facteurs pertinents, une juridiction d’appel est fondée à intervenir.

Les appelants n’ont pas réussi à faire une distinction entre les données et le cahier de codes: la différence entre les deux est simplement une différence de degré. La préparation d’un cahier de codes nécessiterait un investissement un peu plus élevé en temps et en travail, mais se ferait néanmoins «à partir» d’un document informatisé. Ce surcroît de temps et de travail influe naturellement sur la question de savoir si cela entraverait de façon sérieuse le fonctionnement des appelants. Encore une fois, la preuve montrait que la préparation d’un cahier de codes entraverait de façon sérieuse le fonctionnement des appelants.

Quant à l’appel incident, l’argument de l’intimé était que le juge des requêtes avait présumé à tort qu’il voulait nécessairement le logiciel en une forme pouvant être utilisée sur un ordinateur personnel. Cet argument de l’intimé n’était pas sans fondement, et la question essentielle était de savoir si le logiciel adapté à un ordinateur central constitue un «document» existant au sens de l’article 3 de la Loi. Le juge des requêtes n’a pas erré lorsqu’elle a conclu que le logiciel n’était pas un «document». Un logiciel est un élément utilisé pour générer, visionner ou corriger un document, par opposition au document lui-même. Le logiciel n’est pas apparenté à l’un quelconque des éléments énumérés dans l’article 3. Par ailleurs, le logiciel ne «relève pas d’une institution fédérale». Il relève du concepteur externe, les appelants étant de simples licenciés.

Comme l’a indiqué le juge des requêtes, il n’y a pas eu ici négation du droit fondamental de l’intimé à la liberté d’expression.

Passant à la question des dépens, le juge des requêtes n’a pas adjugé de dépens, «chacune des parties ayant obtenu gain de cause dans la même mesure». Toutefois, l’appel et l’appel incident obligeaient la Cour, pour la première fois, à considérer le paragraphe 4(3) de la Loi et l’article 3 du Règlement. Selon l’article 53 de la Loi, la Cour peut accorder les dépens à l’auteur du recours, même s’il a été débouté, dans la mesure où la Cour est d’avis que la demande de contrôle a soulevé un principe important et nouveau se rapportant à la Loi. Les points soulevés en l’espèce font effectivement intervenir un

Per Malone J.A. (dissenting in part): A lump sum award under subsection 400(4) of the *Federal Court Rules, 1998* would best reflect Parliament's intention that respondent be awarded his reasonable costs rather than party-and-party costs under the Tariff. A lump sum of \$20,000 should be here awarded.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2(1), 3, 4(1)(a),(b),(3), 12(1), 41, 53(1),(2).
Access to Information Regulations, SOR/83-507, s. 3.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 2(b).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 397(1)(a), 400(4).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

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; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1 (S.C.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.

CONSIDERED:

Ontario (Attorney General) v. Fineberg (1994), 19 O.R. (3d) 197; 116 D.L.R. (4th) 498; 25 Admin. L.R. (2d) 123; 73 O.A.C. 311 (Div. Ct.).

AUTHORS CITED

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

APPEAL and CROSS-APPEAL from an order of a Motions Judge ((2001), 204 F.T.R. 297) upon an application for judicial review of a Correctional Service

principe important et nouveau, et l'intimé devrait avoir droit à ses dépens partie-partie, dans la présente instance et dans les instances inférieures.

Le juge Malone, J.C.A. (dissidence partielle): Une somme forfaitaire adjugée selon la règle 400(4) des *Règles de la Cour fédérale (1998)* rendrait mieux compte de l'intention véritable du législateur, et l'intimé devrait obtenir ses dépens raisonnables plutôt que la somme qui résulterait de l'adjudication de dépens entre parties selon le tarif. Une somme forfaitaire de 20 000 \$ devrait ici être accordée.

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. 2b).
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2(1), 3, 4(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, art. 1), a), b), (3), 12(1), 41, 53(1),(2).
Règlement sur l'accès à l'information, DORS/83-507, art. 3.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 397(1)a), 400(4).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

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; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; *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.

DÉCISION EXAMINÉE:

Ontario (Procureur général) c. Fineberg (1994), 19 O.R. (3d) 197; 116 D.L.R. (4th) 498; 25 Admin. L.R. (2d) 123; 73 O.A.C. 311 (C. div.).

DOCTRINE

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

APPEL et APPEL INCIDENT à l'encontre de l'ordonnance d'un juge des requêtes ((2001), 204 F.T.R. 297) rendue à la suite d'une demande de contrôle

of Canada decision refusing disclosure of certain information. The Judge below held in requester's favour with respect to two of the three items requested: data and a code book, and against him as to software. Appeal allowed, cross-appeal dismissed but costs awarded respondent throughout on a party-and-party basis.

APPEARANCES:

Christopher M. Rupar for appellants.
Neil R. Wilson for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellants.
Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] ISAAC J.A.: This is an appeal and cross-appeal from an order made by a Motions Judge in the Trial Division, dated 3 May 2001 (reported as (2001), 204 F.T.R. 297) and one made by the same Judge *nunc pro tunc* on 20 January 2003. The order was made upon an application by the respondent for judicial review of a decision of Correctional Service of Canada and the Commissioner of Corrections (collectively, CSC).

[2] In his amended originating notice of motion dated 26 June 2000, the respondent sought the following relief:

(a) a declaration that the decision of the Respondents Correctional Service of Canada and Commissioner of Corrections ("CSC") contravenes the Applicant's constitutional rights pursuant to section 2(b) of the *Charter of Rights and Freedoms*, 1982;

(b) a review of the decision by the Respondents CSC to deny the Applicant access to:

(i) a copy of the Offender Intake Assessment software (current version in operation), which includes the:

judiciaire d'une décision du Service correctionnel du Canada qui avait refusé la communication de certains renseignements. Le juge des requêtes avait statué en faveur du requérant pour deux des trois éléments demandés: les données et un cahier de codes, et à l'encontre du requérant pour le logiciel. Appel accueilli, appel incident rejeté, mais dépens partie-partie adjugés à l'intimé dans la présente instance et dans les instances inférieures.

ONT COMPARU:

Christopher M. Rupar pour les appelants.
Neil R. Wilson pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour les appelants.
Gowling Lafleur Henderson, LLP, Ottawa, pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE ISAAC, J.C.A.: Il s'agit d'un appel et d'un appel incident formés contre une ordonnance rendue le 3 mai 2001 par un juge des requêtes de la Section de première instance (publiée (2001), 204 F.T.R. 297) et une autre ordonnance de nature prospective rendue le 20 janvier 2003 par le même juge. L'ordonnance faisait suite à une demande de contrôle judiciaire présentée par l'intimé à l'encontre d'une décision du Service correctionnel du Canada et du Commissaire du Service correctionnel (collectivement appelés le SCC).

[2] Dans son avis modifié de requête introductive d'instance daté du 26 juin 2000, l'intimé demandait le redressement suivant:

[TRADUCTION]

a) une déclaration selon laquelle la décision des défendeurs, le Service correctionnel du Canada et le Commissaire du Service correctionnel (le SCC), nie les droits fondamentaux garantis au demandeur par l'alinéa 2b) de la *Charte des droits et libertés* de 1982;

b) la réformation de la décision du SCC de refuser au demandeur la communication:

(i) du logiciel d'évaluation initiale des délinquants (version actuellement utilisée), qui comprend, entre

Custody Rating Scale (CRS), the CSIR, [sic] and the Community Risk/Needs Management Scale, among other features; and

(ii) the following micro-data:

(a) the 1993-93 [sic] CSC Release Cohort currently being used to recalibrate [sic] the GSIR. The micro-data is in the form of individual cases in a rectangular, fixed format. Personal identifiers should be deleted (such as name of inmate/parolee, FPS number, or full date-of-birth, however year of birth will not violate privacy).

(b) the Code Book used to define and identify/locate the variables in each case.

and an Order compelling the Respondents CSC to provide the Applicant with the foregoing information as requested under the Access to Information Act;

(c) the Applicant's costs of this Application on a solicitor-client basis; . . . [Emphasis added.]

[3] Although in reasons for order the learned Motions Judge addressed each head of relief sought, the first order in appeal reads:

NOW THEREFORE THIS COURT ORDERS THAT, for the reasons issued this day:

1. The Respondents are to supply the Applicant with the 1992-93 CSC release cohort used to recalibrate the General Statistical Indicator of Recidivism. The data is to be edited to delete all personal identifiers;
2. The Respondents are to supply the Applicant with a Code Book which allows him to interpret the data produced under paragraph 1.

Accordingly, the order fails to deal with the five issues dealt with in the reasons.

[4] By notice of appeal, dated 31 May 2000, the appellants ask that the order of the Motions Judge be set aside. Although the order in appeal is limited to the two grounds raised by the appellants in their notice of appeal, the respondent purported to cross-appeal on the grounds which the Motions Judge decided adversely to him, but which were not reflected in the order. By notice of cross-

autres fonctions, l'Échelle de classement par niveau de sécurité (l'ECNS), l'ISGR et l'Échelle d'évaluation du risque et des besoins dans la collectivité; et

(ii) les micro-données suivantes:

a) les données du SCC sur la cohorte des détenus élargis en 1993-93 [sic] qui sont actuellement utilisées pour recalibrer l'ISGR. Les micro-données se présentent sous la forme de cas individuels en un format rectangulaire fixe. Les identificateurs personnels devraient être supprimés (par exemple le nom du détenu/libéré conditionnel, le numéro matricule, ou la date de naissance complète, mais l'année de naissance ne sera pas une atteinte à la vie privée).

b) le cahier de codes utilisé pour définir et repérer les variables dans chaque cas.

et une ordonnance enjoignant le SCC de communiquer au demandeur l'information ci-dessus, demandée en vertu de la Loi sur l'accès à l'information;

(c) les dépens avocat-client du demandeur dans la présente demande; [. . .] [Non souligné dans l'original.]

[3] Dans ses motifs d'ordonnance, le juge des requêtes a étudié chacun des redressements demandés, mais la première ordonnance dont appel est interjeté est ainsi formulée:

[TRADUCTION]

LA COUR ORDONNE, pour les motifs exposés aujourd'hui:

1. Les défendeurs doivent remettre au demandeur les données du SCC sur la cohorte des détenus élargis en 1992-93, qui sont utilisées pour recalibrer l'information statistique générale sur la récidive. Les données seront revues de manière à supprimer tous les identificateurs personnels;
2. Les défendeurs doivent remettre au demandeur un cahier de codes qui lui permette d'interpréter les données communiquées en vertu du paragraphe 1.

L'ordonnance ne dispose donc pas des cinq points traités dans les motifs.

[4] Par avis d'appel daté du 31 mai 2000, les appelants demandent que l'ordonnance du juge des requêtes soit cassée. L'ordonnance se limite aux deux moyens soulevés par les appelants dans leur avis d'appel, mais l'intimé a prétendu interjeter un appel incident sur les moyens à propos desquels le juge des requêtes avait statué à son encontre, mais dont l'ordonnance ne faisait

appeal, dated 7 June 2001, the respondent asked that the order of the Motions Judge be varied to include a declaration that the decision of the CSC contravenes his rights under paragraph 2(b) 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]) (the Charter), an order that the appellants supply him with a copy of the software and an award of his costs.

[5] The deficiency in the order in appeal was not identified until these reasons were being prepared. The Court therefore scheduled a further hearing before the same panel which heard the appeal, to receive oral submissions from counsel respecting the most expeditious and just way of correcting the deficiency, so that the Court could dispose of all issues argued in the appeal.

[6] After hearing from both counsel, and with the consent of counsel for the appellants, the Court suggested that the respondent should move before the Motions Judge, pursuant to paragraph 397(1)(a) of the *Federal Court Rules, 1998*, to reconsider the order on the ground that it does not accord with the reasons given, and that subsequent pleadings in the appeal should be amended accordingly.

[7] On 20 January 2003, the Motions Judge made an additional order *nunc pro tunc*, the operative portion of which reads in part:

The Previous Order is hereby amended to add the following provisions:

Paragraph 3 The applicant's requests for relief found in paragraphs 1(a), 1(b)(i) and 1(c) of the applicant's Amended Originating Notice of Motion dated June 26, 2000 are hereby denied.

Paragraph 4 Success being divided, there will be no order as to costs.

[8] The relief sought by the applicant in paragraphs 1(a), 1(b)(i) and 1(c) of his amended originating notice of motion reads as follows:

pas état. Par avis d'appel incident en date du 7 juin 2001, l'intimé demandait la modification de l'ordonnance du juge des requêtes par ajout d'une déclaration selon laquelle la décision du SCC niait les droits que lui garantissait l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]) (la Charte), une ordonnance enjoignant les appelants de lui remettre un exemplaire du logiciel, enfin ses dépens.

[5] La faille de l'ordonnance visée par l'appel n'a été découverte qu'au moment de la rédaction des présents motifs. La Cour a donc fixé une nouvelle audience devant la formation qui avait instruit l'appel, afin d'entendre les arguments des avocats sur la manière la plus expéditive et la plus juste de corriger l'omission, afin que la Cour puisse disposer de tous les aspects plaidés dans l'appel.

[6] Après audition des deux avocats, et avec le consentement de l'avocat des appelants, la Cour a proposé que l'intimé prie le juge des requêtes, en application de l'alinéa 397(1)a) des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106], d'examiner de nouveau l'ordonnance pour défaut de concordance avec les motifs exposés, et que les actes de procédure déposés subséquentement dans l'appel soient modifiés en conséquence.

[7] Le 20 janvier 2003, le juge des requêtes rendait une ordonnance additionnelle n'ayant d'effet que pour l'avenir, dont la partie essentielle est ainsi rédigée:

[TRADUCTION]

L'ordonnance antérieure est modifiée par l'ajout des dispositions suivantes:

Paragraphe 3 Les demandes de redressement faites par le demandeur et exposées dans les alinéas 1a), 1b)(i) et 1c) de l'avis modifié de requête introductive d'instance du demandeur en date du 26 juin 2000 sont rejetées.

Paragraphe 4 Puisque les deux parties ont obtenu gain de cause, il ne sera pas adjugé de dépens.

[8] Le redressement recherché par le demandeur dans les alinéas 1a), 1b)(i) et 1c) de son avis modifié de requête introductive d'instance est ainsi formulé:

1. (a) a declaration that the decision of the Respondents Correctional Service of Canada and Commissioner of Corrections (“CSC”) contravenes the Applicant’s constitutional rights pursuant to section 2(b) of the *Charter of Rights and Freedom*, 1982;

(b) a review of the decision by the Respondents CSC to deny the Applicant access to:

(i) a copy of the Offender Intake Assessment software (current version in operation), which includes the: Custody Rating Scale (CRS), the CSIR, and the Community Risk/Needs Management Scale, among other features; and

...

(c) the Applicant’s costs of this Application on a solicitor-client basis;

[9] Subsequently, counsel for the parties having complied with the order to our satisfaction, the Court concluded that the cross-appeal had been properly constituted.

[10] The appeal requires this Court to interpret for the first time subsection 4(3) of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, as amended (the Act) and section 3 of the *Access to Information Regulations*, SOR/83-507 (the Regulations), to determine whether computer software is a “record” and whether the appellants must create and supply to the respondent records that do not exist. For the reasons that follow, I have concluded that the conjoint effect of the provisions of the relevant legislation in this appeal do not require the appellants to provide the respondent with any of the records he requested in his prayer for relief and that the learned Motions Judge erred in law in requiring them to provide the data and the code book mentioned in the order. I will deal with the issues in the cross-appeal later.

Factual Background

[11] The Research Branch of CSC conducts statistical research and analysis on various subjects in the field of corrections. In order to facilitate such research and analysis, the Research Branch is allowed access to several classified databases of other agencies, such as the Royal Canadian Mounted Police (RCMP), the Canadian

[TRADUCTION]

1. a) une déclaration selon laquelle la décision des défendeurs, le Service correctionnel du Canada et le Commissaire du Service correctionnel (le SCC), nie les droits fondamentaux garantis au demandeur par l’alinéa 2b) de la *Charte des droits et libertés* de 1982;

b) la réformation de la décision du SCC de refuser au demandeur la communication:

(i) du logiciel d’évaluation initiale des délinquants (version actuellement utilisée), qui comprend, entre autres fonctions, l’Échelle de classement par niveau de sécurité (l’ECNS), l’ISGR et l’Échelle d’évaluation du risque et des besoins dans la collectivité; et

[...]

c) les dépens avocat-client du demandeur dans la présente demande;

[9] Par la suite, les avocats des parties s’étant conformés à l’ordonnance comme nous le souhaitions, la Cour a conclu que l’appel incident avait été valablement interjeté.

[10] L’appel oblige la Cour à interpréter pour la première fois le paragraphe 4(3) de la *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, et modifications (la Loi) ainsi que l’article 3 du *Règlement sur l’accès à l’information*, DORS/83-507 (le Règlement), pour savoir si un logiciel d’ordinateur est un «document» et si les appelants doivent créer des documents qui n’existent pas et les remettre à l’intimé. Pour les motifs qui suivent, je suis arrivé à la conclusion que l’effet conjoint des dispositions des textes applicables au présent appel n’oblige pas les appelants à communiquer à l’intimé l’un quelconque des documents qu’il a décrits dans sa demande de redressement, et que le juge des requêtes a commis une erreur de droit en les enjoignant de communiquer les données et le cahier de codes mentionnés dans l’ordonnance. J’examinerai plus loin les points soulevés dans l’appel incident.

Les faits

[11] La Direction générale de la recherche du SCC effectue des analyses statistiques et des recherches sur divers sujets intéressant le système correctionnel. Afin de faciliter ces recherches et analyses, la Direction générale de la recherche peut accéder à plusieurs bases de données classifiées d’autres organismes, par exemple la

Police Information Centre (CPIC) and the National Parole Board (NPB). These databases contain confidential and sensitive information relating to crimes, convictions and personal information of victims and offenders. Access to these databases is restricted to personnel with enhanced security clearance. Typically, CSC obtains such information online through electronic links to computer networks of the agencies mentioned above. This information may be compiled "as needed" into a temporary database that is used for statistical research and analysis and destroyed after the research project is complete. However, some projects rely on "live data" contained in current RCMP, CPIC and NPB databases that are accessed directly and, therefore, in respect of these projects, CSC does not create its own new database.

Gendarmerie royale du Canada (GRC), le Centre d'information de la police canadienne (CIPC) et la Commission nationale des libérations conditionnelles (CNLC). Ces bases de données contiennent des renseignements sensibles et confidentiels se rapportant aux délits commis, aux condamnations et aux données personnelles de victimes et de délinquants. Seuls les employés ayant subi une vérification approfondie de fiabilité peuvent accéder à ces bases de données. En général, le SCC obtient lesdits renseignements par voie électronique en se branchant sur les réseaux informatiques des organismes susmentionnés. Ces renseignements peuvent être assemblés, selon que de besoin, dans une base de données temporaire qui est utilisée pour la recherche et l'analyse statistiques, et détruite après l'achèvement du projet de recherche. Cependant, certains projets s'appuient sur des «données réelles» contenues dans des bases de données courantes de la GRC, du CIPC et de la CNLC qui sont sollicitées directement et, par conséquent, pour ces projets, le SCC ne crée pas sa propre nouvelle base de données.

[12] The respondent is a criminologist. He conducts research with respect to and is a critic of the Canadian penal system, the actions of the Government of Canada in relation to it and the policies that underlie the system itself. In two separate letters, both dated 17 March 1997, he requested from the appellants certain information related to his research, namely data (data), a code book (code book) to interpret the Data and software (software) to use the data on a personal computer. This is how the Motions Judge described them [at paragraph 2]:

[12] L'intimé est criminologue. Il mène des recherches et formule des critiques sur le système pénal canadien, sur les mesures prises en la matière par le gouvernement du Canada et sur les lignes de conduite propres au système lui-même. Dans deux lettres distinctes, toutes deux datées du 17 mars 1997, il avait demandé aux appelants certains renseignements liés à ses recherches, plus précisément des données, un cahier de codes servant à interpréter les données, et un logiciel permettant d'utiliser les données sur un ordinateur personnel. Voici comment le juge des requêtes a décrit ces renseignements [au paragraphe 2]:

- | | |
|--|---|
| <p>a) the 1992-93 CSC release cohort currently being used to recalibrate the (GSIR) (General Statistical Indicator of Recidivism) with personal identifiers deleted (such as name of inmate/parolee, FPS number, or full date-of-birth, however year of birth will not violate privacy).</p> | <p>a) Les données du SCC sur la cohorte des détenus remis en liberté en 1992-1993, qui sont présentement utilisées pour réorienter l'ISGR (Information statistique générale sur la récidive), en supprimant les éléments permettant d'identifier les personnes (tels que le nom du détenu ou du libéré conditionnel, son numéro matricule, ou sa date de naissance complète, la divulgation de l'année de naissance ne portant cependant pas atteinte au droit à la vie privée) [. . .]</p> |
| <p>b) The Code Book used to define and identify/locate the variables in each case.</p> | <p>b) Le cahier de codes utilisé pour définir et repérer ou localiser les variables dans chaque cas [. . .]</p> |
| <p>c) A Copy of the Offender Intake Assessment software (current version in operation), which includes the:</p> | <p>c) Une copie du logiciel d'évaluation initiale des délinquants (version actuellement utilisée), qui comprend notamment,</p> |

Custody Rating Scale (CRS), the GSIR, the Community Risk/Needs Management Scale among other features.

[13] I deal first with the respondent's requested data. The evidence is that they do not exist but could be recreated.

[14] Laurence Motiuk is the Director General of Research at CSC. In these proceedings, he swore an affidavit on 9 June 1998 and filed it to support the position of CSC. He was cross-examined at length on his affidavit. In cross-examination, he explained what is involved in recreating the data. I reproduce below part of what he said:

98. . . . in order to create or recreate the file which Mr. Yeager has requested would require considerable work to not only [sic] remount the [backup data] tapes for the RCMP, the National Parole Board and the Correctional Service of Canada, define the parameters for the selection criteria of those variables, and also to recreate that file, would take considerable resources, and technical time and expertise in order to do so.

...

146. . . . It's with some technical expertise that it's available, and resources, in order to reconstruct what was done before. Basically, you're doing the research project all over again. You're setting the parameters for the sampling frame, you're setting the points, you have to reopen data files in other agencies and down load the information, reconstruct the you know, the algorithms and the code that was written, in order to do that.

...

244. Q. Then you go on to say it would require a significant dedication of CSC computers and personnel over an extended period of time —

A. Yes, to do his, the one that was requested by Mr. Yeager, the specific request.

245. Q. What do you mean, "significant"?

A. Significant? Well, one would have to recreate the sampling frame of which the original study was done. They would have remount the tapes or the —

l'échelle de classement par niveau de sécurité (l'échelle de classement), l'ISGR et l'échelle d'évaluation du risque et des besoins dans la collectivité [. . .]

[13] J'examinerai d'abord les données demandées par l'intimé. Selon la preuve, ces données n'existent pas, mais pourraient être reconstituées.

[14] Laurence Motiuk est le directeur général de la recherche au SCC. Dans la présente instance, il a signé sous serment un affidavit le 9 juin 1998 et l'a produit au soutien de la position du SCC. Il a été contre-interrogé en détail sur son affidavit. Durant son contre-interrogatoire, il a expliqué ce que supposait la reconstitution des données. Je reprends ci-après une partie de ses propos:

[TRADUCTION]

98. [. . .] pour constituer ou reconstituer le fichier que M. Yeager a demandé, il faudrait un travail considérable consistant non seulement à remonter les bandes «données» de sauvegarde pour la GRC, la Commission nationale des libérations conditionnelles et le Service correctionnel du Canada, et à définir les paramètres des critères de sélection de ces variables, mais encore à reconstituer ce fichier, ce qui nécessiterait des ressources considérables, ainsi que du temps et des connaissances techniques.

[. . .]

146. [. . .] C'est avec les connaissances techniques et les ressources disponibles que l'on peut reconstituer ce qui a été fait auparavant. Essentiellement, on recommence intégralement le projet de recherche. On fixe les paramètres du cadre d'échantillonnage, on positionne les points, on doit rouvrir des fichiers de données d'autres organismes et télécharger l'information, reconstruire les algorithmes et le code qui a été écrit.

[. . .]

244. Q. Vous affirmez alors qu'il faudrait une notable spécialisation des ordinateurs et du personnel du SCC sur une période prolongée [. . .]

R. Oui, si l'on veut obtenir ce que M. Yeager a demandé.

245. Q. Que voulez-vous dire par «notable»?

R. Notable? Eh bien, il faudrait reconstituer le cadre d'échantillonnage à partir duquel a été faite l'étude initiale. Il faudrait remonter les bandes ou les [. . .]

246. Q. How long?

A. How long? I would say at least 40 days full-time of somebody dedicated to that work, plus having the person with that expertise replaced who is already expended in terms —. [Emphasis added.]

[15] Even if the data existed, to address privacy and security concerns, the appellants would need to purge the data of all personal identifiers. Mr. Motiuk explained the additional time and effort that would be required to remove personal identifiers:

251. . . . if it existed and did not have to be recreated it would take probably two days, roughly, time to make sure that there were no personal identifiers, that the cross tab . . . We'd have to run an analysis on every variable in the base and make sure that there was no way of cross-referencing to identify a particular case, and purge the records.

252. Q. When you run a variable, what is actually done? You press a key and it's doing it by itself or does someone actually sit there and —

A. No. A statistical research officer would run a programme to look at the cross-referencing of a variety of variables, and look at the cell frequencies, and look at each one of the intersection of every variable to make sure that there was no way that this individual could be identified by an external user. And, you know, referenced back in terms of being able to fill in fact filled records, to know who this individual was. [Emphasis added.]

[16] Mr. Motiuk acknowledged that the specific data which the respondent requested on 17 March 1997 was "slightly different". In his affidavit, he stated that the "live data" exists on the computer networks of the agencies mentioned above, but not in a separate database which the appellants now maintain. Although Mr. Motiuk did not describe at length how the production of this specific data would impact on CSC's operations, he indicated at paragraph 23 of his affidavit that the preparation of the data would "draw significant human and computer resources from current and ongoing

246. Q. Combien de temps?

R. Combien de temps? À mon avis, il faudrait que celui qui se consacre à ce travail y passe au moins 40 jours à temps plein, plus le remplacement du spécialiste qui est déjà employé à [. . .] [Non souligné dans l'original.]

[15] Même si les données existaient, il faudrait que les appelants expurgent les données par suppression de tous les identificateurs personnels, et cela pour tenir compte des aspects touchant la sécurité et la vie privée. M. Motiuk a expliqué le supplément de temps et d'effort qui serait nécessaire pour enlever les identificateurs personnels:

[TRADUCTION]

251. [. . .] si elles existaient et qu'il n'était pas nécessaire de les reconstituer, il faudrait probablement deux jours, le temps de s'assurer qu'il n'y a pas d'identificateurs personnels, que la tabulation recoupée [. . .] Il nous faudrait effectuer une analyse de chaque variable de la base et nous assurer qu'il n'y a aucun moyen d'établir des correspondances pour repérer un dossier en particulier, et il nous faudrait expurger les documents.

252. Q. Quand on exécute une variable, qu'est-ce qu'on fait en réalité? On appuie sur une touche, mais est-ce que c'est automatique ou bien quelqu'un doit-il s'asseoir et [. . .]

R. Non. Un agent de recherches statistiques exécuterait un programme pour examiner les renvois croisés d'une diversité de variables, examiner les fréquences totales et examiner chacune des intersections de chaque variable pour s'assurer qu'il n'y a aucun moyen que cette personne en particulier puisse être trouvée par un utilisateur externe. Et pour qu'on puisse indiquer un renvoi afin de pouvoir remplir les documents, pour savoir qui est cette personne. [Non souligné dans l'original.]

[16] M. Motiuk a reconnu que les données particulières que l'intimé avait demandées le 17 mars 1997 étaient «légèrement différentes». Dans son affidavit, il mentionnait que les «données réelles» existent sur les réseaux informatiques des organismes susmentionnés, mais non dans une base de données distincte que les appelants conservent maintenant. M. Motiuk n'a pas décrit en détail en quoi la production de ces données particulières influencerait sur les opérations du SCC, mais il a indiqué au paragraphe 23 de son affidavit que la préparation des données «prendrait

research project” and “entail approximately two weeks of work with associated dedication of computers.” It is unclear whether or not his estimate includes the time required to purge the data of personal identifiers.

[17] I turn next to the code book which forms the second part of the respondent’s request. In cross-examination on his affidavit, Mr. Motiuk described a code book as a listing of definitions of the variables contained in the database. Although code books are occasionally produced by researchers at CSC, none was produced in relation to the data which the respondent had requested. According to Mr. Motiuk, code books are often unnecessary because CSC researchers are well acquainted with the variables, definitions and underlying data structures. By omitting this “very labour intensive stage” of a project, researchers can save themselves “months of work”. He also stated that the creation of a code book to accompany the data would require “a good week to two weeks of text entry into a computer”.

[18] The respondent’s final request was for the software. With respect to this request, Mr. Motiuk deposed that none of the software requested by the respondent exists in a format for use on a personal computer. Rather, it exists in a format for use on a mainframe computer system. In cross-examination, he explained in detail that all the software which the respondent had requested was either obsolete and, therefore, discarded; inseparable into independent modules; or subject to copyright licensing agreements.

[19] The Motions Judge described the software as a massive repository of text files that includes many different integrated components or modules, the development of which was a multi-million dollar project that involved a number of outside software firms.

[20] On 10 April 1997 the appellants refused the respondent’s request for the data, code book and the software, claiming that the Act does not impose an

d’importantes ressources humaines et informatiques au projet de recherche en cours» et «nécessiterait environ deux semaines de travail, avec mise à contribution d’ordinateurs». On ne sait pas si son estimation comprend ou non le temps requis pour expurger les données par suppression des identificateurs personnels.

[17] Je passe maintenant au cahier de codes, qui forme la deuxième partie de la demande de l’intimé. Durant le contre-interrogatoire portant sur son affidavit, M. Motiuk a décrit un cahier de codes comme une liste de définitions des variables contenues dans la base de données. Les cahiers de codes sont à l’occasion produits par les chercheurs du SCC, mais aucun n’a été produit pour les données que l’intimé avait demandées. Selon M. Motiuk, les cahiers de codes sont souvent inutiles parce que les chercheurs du SCC sont bien au fait des variables, des définitions et des structures de données sous-jacentes. Passant outre à cette «étape très laborieuse» d’un projet, les chercheurs peuvent s’épargner «des mois de travail». Il a aussi déclaré que la création d’un cahier de codes pour accompagner les données nécessiterait «une bonne semaine, sinon deux, de saisie du texte dans un ordinateur».

[18] La demande finale de l’intimé se rapportait au logiciel. S’agissant de cette demande, M. Motiuk a déclaré qu’aucune partie du logiciel demandé par l’intimé n’existe en une forme permettant son utilisation sur un ordinateur personnel. Il existe plutôt en une forme permettant son utilisation dans un système informatique central. En contre-interrogatoire, il a expliqué dans le détail que le logiciel que l’intimé avait demandé était soit obsolète et par conséquent mis au rebut, soit inséparable en modules indépendants, soit sujet à des accords de licence de droits d’auteur.

[19] Le juge des requêtes a décrit le logiciel comme un dépôt colossal de fichiers-textes, qui comprend une grande diversité de composants ou modules intégrés, et dont le développement avait été un travail de plusieurs millions de dollars faisant intervenir plusieurs sociétés de services informatiques.

[20] Le 10 avril 1997, les appelants refusaient la demande de l’intimé se rapportant aux données, au cahier de codes et au logiciel, en affirmant que la Loi ne

obligation to create records that do not exist. The respondent then complained unsuccessfully to the Information Commissioner respecting the answers he had received from CSC. Pursuant to section 41 of the Act the respondent applied to the Trial Division for a judicial review of the appellants' decision denying his request.

Relevant Legislative Provisions

[21] It might be useful to set out here the relevant legislative provisions in the Act [ss. 2(1), 3, 4(1)(a), (b), (3), 12(1), 41, 53(1), (2)]. They read:

2. (1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.

...

3. In this Act,

...

“record” includes any correspondence, memorandum, book, plan, map, drawing, diagram, pictorial or graphic work, photograph, film, microform, sound recording, videotape, machine readable record, and any other documentary material, regardless of physical form or characteristics, and any copy thereof;

...

4. (1) Subject to this Act, but notwithstanding any other Act of Parliament, every person who is

(a) a Canadian citizen, or

(b) a permanent resident within the meaning of the *Immigration Act*,

has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution.

...

(3) For the purposes of this Act, any record requested under this Act that does not exist but can, subject to such limitations

les obligeait pas à constituer des documents qui n'existent pas. L'intimé s'est alors plaint, sans succès, auprès du Commissaire à l'information, à propos des réponses qu'il avait reçues du SCC. S'appuyant sur l'article 41 de la Loi, l'intimé a déposé auprès de la Section de première instance une demande de contrôle judiciaire de la décision des appelants de rejeter sa requête.

Dispositions législatives applicables

[21] Il serait sans doute utile de reproduire ici les dispositions législatives applicables [art. 2(1), 3, 4(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, art. 1), a), b), (3), 12(1), 41, 53(1), (2)]:

2. (1) La présente loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

[. . .]

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

[. . .]

«document» Tous éléments d'information, quels que soient leur forme et leur support, notamment correspondance, note, livre, plan, carte, dessin, diagramme, illustration ou graphique, photographique, film, microformule, enregistrement sonore, magnétoscopique ou informatisé, ou toute reproduction de ces éléments d'information.

[. . .]

4. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi mais nonobstant toute autre loi fédérale, ont droit à l'accès aux documents relevant d'une institution fédérale et peuvent se les faire communiquer sur demande:

a) les citoyens canadiens;

b) les résidents permanents au sens de la *Loi sur l'immigration*.

[. . .]

(3) Pour l'application de la présente loi, les documents qu'il est possible de préparer à partir d'un document informatisé

as may be prescribed by regulation, be produced from a machine readable record under the control of a government institution using computer hardware and software and technical expertise normally used by the government institution shall be deemed to be a record under the control of the government institution.

...

12. (1) A person who is given access to a record or a part thereof under this Act shall, subject to the regulations, be given an opportunity to examine the record or part thereof or be given a copy thereof

...

41. Any person who has been refused access to a record requested under this Act or a part thereof may, if a complaint has been made to the Information Commissioner in respect of the refusal, apply to the Court for a review of the matter within forty-five days after the time the results of an investigation of the complaint by the Information Commissioner are reported to the complainant under subsection 37(2) or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those forty-five days, fix or allow.

...

53. (1) Subject to subsection (2), the costs of and incidental to all proceedings in the Court under this Act shall be in the discretion of the Court and shall follow the event unless the Court orders otherwise.

(2) Where the Court is of the opinion that an application for review under section 41 or 42 has raised an important new principle in relation to this Act, the Court shall order that costs be awarded to the applicant even if the applicant has not been successful in the result. [Emphasis added.]

[22] Section 3 of the Regulations reads:

3. For the purpose of subsection 4(3) of the Act, a record that does not exist but can be produced from a machine readable record under the control of a government institution need not be produced where the production thereof would unreasonably interfere with the operations of the institution. [Emphasis added.]

Reasons of the Motions Judge

[23] The Motions Judge concluded that the data and the code book were records that should be produced

relevant d'une institution fédérale sont eux-mêmes considérés comme relevant de celle-ci, même s'ils n'existent pas en tant que tels au moment où ils font l'objet d'une demande de communication. La présente disposition ne vaut que sous réserve des restrictions réglementaires éventuellement applicables à la possibilité de préparer les documents et que si l'institution a normalement à sa disposition le matériel, le logiciel et les compétences techniques nécessaires à la préparation.

[. . .]

12. (1) L'accès aux documents s'exerce, sous réserve des règlements, par consultation totale ou partielle du document ou par délivrance de copies totales ou partielles

[. . .]

41. La personne qui s'est vu refuser communication totale ou partielle d'un document demandé en vertu de la présente loi et qui a déposé ou fait déposer une plainte à ce sujet devant le Commissaire à l'information peut, dans un délai de quarante-cinq jours suivant le compte rendu du Commissaire prévu au paragraphe 37(2), exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour. La Cour peut, avant ou après l'expiration du délai, le proroger ou en autoriser la prorogation.

[. . .]

53. (1) Sous réserve du paragraphe (2), les frais et dépens sont laissés à l'appréciation de la Cour et suivent, sauf ordonnance contraire de la Cour, le sort du principal.

(2) Dans les cas où elle estime que l'objet des recours visés aux articles 41 et 42 a soulevé un principe important et nouveau quant à la présente loi, la Cour accorde les frais et dépens à la personne qui a exercé le recours devant elle, même si cette personne a été déboutée de son recours. [Je souligne.]

[22] L'article 3 du Règlement est ainsi formulé:

3. Aux fins du paragraphe 4(3) de la Loi, la préparation d'un document qui n'existe pas comme tel mais qui peut être produit à partir d'un document informatisé relevant d'une institution fédérale n'est pas obligatoire lorsque cette préparation entraverait de façon sérieuse le fonctionnement de l'institution concernée. [Je souligne.]

Motifs du juge des requêtes

[23] Le juge des requêtes a conclu que les données et le cahier de codes étaient des documents qui devaient

because to do so would not unreasonably interfere with the appellants' operations. After noting that the appellants had conceded that the data can be recreated, she concluded that the appellants bore the onus of establishing that producing the data would unreasonably interfere with operations and that they failed to meet that burden. She acknowledged that Mr. Motiuk believed the production of the data would require "significant . . . resources" and "approximately two weeks worth of work", but stated (at paragraph 12) that:

No evidence was put forward about the operations of CSC or its Research Branch. I therefore have no idea whether it has a large staff and a complex computer system with many links to the systems operated by the RCMP and the National Parole Board or whether Mr. Motiuk works with a small staff and limited computer capacity. Further, there was no evidence about how many staff members and how much time would be required to do the two weeks' work he thinks will be needed. As well, no information was provided about the extent to which CSC's computers would be occupied creating the Requested Data. I also was given no indication whether any important or urgent matters are presently being researched by the Research Branch and what impact, if any, the creation of the Requested Data would have on the workload of the Research Branch. [Emphasis added.]

[24] The Motions Judge also concluded that a code book was capable of being produced, using computers, software and expertise normally used by the appellants. Although Mr. Motiuk stated that a code book would take "a good two weeks" to produce, she felt that the appellants had adduced no evidence to satisfy her that this work would unreasonably interfere with their operations. She decided, therefore, that the respondent was entitled to access to both the data and a code book.

[25] She accepted that the software does not exist in a format for use on a personal computer. As a result she concluded that it was not producible because writing software is not normally done by the appellants but, rather, by outside consultants. Furthermore, she was of

être communiqués parce que leur communication n'entraverait pas de façon sérieuse les activités des appelants. Après avoir relevé que les appelants avaient admis que les données pouvaient être reconstituées, elle a conclu que les appelants avaient la charge de prouver que la production des données entraverait de façon sérieuse leur fonctionnement et, selon elle, ils ne s'étaient pas acquittés de ce fardeau. Elle a reconnu que M. Motiuk croyait que la production des données nécessiterait «d'importantes ressources» et «environ deux semaines de travail», mais elle a indiqué (au paragraphe 12) que:

Aucun élément de preuve n'a été présenté au sujet du fonctionnement du SCC ou de sa Direction générale de la recherche. J'ignore donc si elle compte un personnel important ou si elle dispose d'un système informatique complexe doté de nombreux liens avec les systèmes exploités par la GRC et la Commission nationale des libérations conditionnelles ou encore si M. Motiuk travaille avec un personnel et une capacité informatique limitée. En outre, aucune preuve n'a été soumise au sujet de l'ampleur des effectifs et du nombre d'heures qui serait nécessaire pour effectuer le travail de deux semaines qu'il estime nécessaire. Qui plus est, aucun renseignement n'a été fourni au sujet de la mesure dans laquelle les ordinateurs du SCC seraient occupés à créer les données demandées. On ne m'a pas non plus fourni d'indices permettant de savoir si la Direction générale de la recherche effectuée en ce moment des recherches sur des questions importantes ou urgentes ou sur les incidences que la création des données demandées serait susceptible d'avoir sur la charge de travail de la Direction générale de la recherche. [Non souligné dans l'original.]

[24] Le juge des requêtes a aussi conclu qu'un cahier de codes pouvait être produit, au moyen des ordinateurs, des logiciels et des connaissances spécialisées à la disposition des appelants. M. Motiuk a affirmé que la confection d'un cahier de codes nécessiterait au moins deux semaines, mais le juge des requêtes a estimé que les appelants n'avaient pas prouvé à sa satisfaction que ce travail entraverait de façon sérieuse leur fonctionnement. Elle a décidé par conséquent que l'intimé avait le droit d'obtenir communication à la fois des données et d'un cahier de codes.

[25] Elle a admis que le logiciel n'existe pas en une forme permettant son utilisation sur un ordinateur personnel. Elle a donc conclu qu'il ne pouvait être produit parce que la création de logiciels n'est pas en principe effectuée par les appelants, mais plutôt par des

the opinion that the software requested was not a “record” as defined by the Act. Consequently, she decided that the respondent had no right of access to it.

Issues

[26] The appeal raises two issues:

(1) whether the appellants were obliged, pursuant to subsection 4(3) of the Act, to create and provide to the respondent the requested data and a code book of technical terms, simply because they were capable of recreating such records; and

(2) whether the learned Motions Judge erred in concluding that the appellants had not met the onus imposed by section 3 of the Regulations of showing that the production of these records would unreasonably interfere with the appellants’ operations.

Analysis

The Interpretive Framework

[27] I begin the analysis by reproducing the following well-known passage from Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. (Toronto: Butterworths, 1994), at page 131:

There is only one rule in modern interpretation, namely, courts are obliged to determine the meaning of legislation in its total context, having regard to the purpose of the legislation, the consequences of proposed interpretations, the presumptions and special rules of interpretation, as well as admissible external aids. In other words, the courts must consider and take into account all relevant and admissible indicators of legislative meaning.

[28] On this interpretive approach, one of the primary considerations is, of course, the purpose of the Act. Section 2 of the Act states clearly that its purpose is to “provide a right of access to information in records under the control of a government institution”. In *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at paragraph 61, La Forest J. explained its purpose in the following passage of his reasons:

The overarching purpose of access to information legislation, then, is to facilitate democracy. It does so in two related ways. It helps to ensure first, that citizens have the

consultants externes. Elle a aussi exprimé l’avis que le logiciel demandé n’était pas un «document» au sens de la Loi. Elle a donc décidé que l’intimé n’était pas fondé à en obtenir communication.

Points en litige

[26] L’appel soulève deux points:

1) les appelants étaient-ils tenus, en application du paragraphe 4(3) de la Loi, de créer, et de communiquer à l’intimé, les données demandées et un cahier de codes de termes techniques, simplement parce qu’ils étaient en mesure de reconstituer de tels documents? et

2) le juge des requêtes a-t-elle commis une erreur en concluant que les appelants ne s’étaient pas acquittés de leur obligation, selon l’article 3 du Règlement, de prouver que la production de ces documents entraverait de façon sérieuse le fonctionnement des appelants?

Analyse

Cadre d’interprétation

[27] Je commence l’analyse en reprenant le passage bien connu suivant de l’ouvrage de Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd. (Toronto: Butterworths, 1994), à la page 131:

[TRADUCTION] Il n’y a qu’une seule règle dans l’interprétation moderne, à savoir que les tribunaux sont tenus de déterminer le sens d’une loi dans son contexte tout entier, en prenant en compte l’objet de la loi, les conséquences des interprétations proposées, les présomptions et les règles spéciales d’interprétation, ainsi que les aides externes admissibles. Autrement dit, les tribunaux doivent tenir compte de tous les indices pertinents et admissibles de l’intention du législateur.

[28] S’agissant de cette méthode d’interprétation, l’un des facteurs principaux est naturellement l’objet de la Loi. L’article 2 de la Loi prévoit clairement que la Loi a pour objet d’élargir l’accès aux documents de l’administration fédérale. Dans l’arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, au paragraphe 61, le juge La Forest expliquait l’objet de la Loi dans le passage suivant de ses motifs:

La loi en matière d’accès à l’information a donc pour objet général de favoriser la démocratie, ce qu’elle fait de deux manières connexes. Elle aide à garantir, en premier lieu, que

information required to participate meaningfully in the democratic process, and secondly, that politicians and bureaucrats remain accountable to the citizenry.

In that context, the Act mentions specifically three principles that should guide this Court's interpretation of its provisions: (1) that government information should be available to the public; (2) that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific; and (3) that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.

[29] There is no dispute that the respondent is either a Canadian citizen or permanent resident of Canada or that CSC is a government institution. Therefore, subsection 4(1) of the Act states unambiguously that the respondent "has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of" the appellant. The issue to be resolved, therefore, is whether each of the data, a code book and the software is a "record" under CSC's control.

The Definition of a "Record"

[30] Section 3 of the Act defines a "record" as including:

3. . . . any correspondence, memorandum, book, plan, map, drawing, diagram, pictorial or graphic work, photograph, film, microform, sound recording, videotape, machine readable record, and any other documentary material, regardless of physical form or characteristics, and any copy thereof.

[31] By this definition, the data and a code book requested by the respondent would each be a "record" for the purposes of the Act, but neither exists. In order to satisfy the respondent's request, the data would have to be recreated and modified, and a code book would have to be prepared. Although the software does exist, it is less clear whether the software is a "record".

The Obligation to Produce a Non-Existent Record

[32] For convenience, I reproduce again subsection 4(3) of the Act. It reads:

4. . . .

les citoyens possèdent l'information nécessaire pour participer utilement au processus démocratique, et, en second lieu, que les politiciens et bureaucrates demeurent comptables envers l'ensemble de la population.

Dans ce contexte, la Loi mentionne expressément trois principes qui doivent guider la Cour dans l'interprétation de ses dispositions: 1) le public a droit à la communication des documents de l'administration fédérale; 2) les exceptions indispensables à ce droit doivent être précises et limitées; et 3) les décisions relatives à la communication sont susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

[29] Il n'est pas contesté que l'intimé est un citoyen canadien ou un résident permanent du Canada ou que le SCC est une institution fédérale. Dans ces conditions, le paragraphe 4(1) de la Loi prévoit sans équivoque que l'intimé a «droit à l'accès aux documents relevant [des appelants] et peu[t] se les faire communiquer sur demande». Le point à décider est donc de savoir si les données, le cahier de codes et le logiciel sont des «documents» relevant du SCC.

Définition de «document»

[30] L'article 3 de la Loi définit «document» comme:

3. [. . .] tous éléments d'information, quels que soient leur forme et leur support, notamment correspondance, note, livre, plan, carte, dessin, diagramme, illustration ou graphique, photographie, film, microformule, enregistrement sonore, magnétoscopique ou informatisé, ou toute reproduction de ces éléments d'information.

[31] Selon cette définition, les données et le cahier de codes demandés par l'intimé constitueraient chacun un «document» aux fins de la Loi, mais ni l'un ni l'autre n'existent. Pour satisfaire à la demande de l'intimé, il faudrait que les données soient reconstituées et modifiées, et il faudrait qu'un cahier de codes soit rédigé. Quant au logiciel, il existe, mais il n'est pas certain qu'il soit un «document».

Obligation de communiquer un document inexistant

[32] Par commodité, je reproduis de nouveau le paragraphe 4(3) de la Loi.

4. [. . .]

(3) For the purposes of this Act, any record requested under this Act that does not exist but can, subject to such limitations as may be prescribed by regulation, be produced from a machine readable record under the control of a government institution using computer hardware and software and technical expertise normally used by the government institution shall be deemed to be a record under the control of the government institution. [Emphasis added.]

[33] In my opinion that subsection provides that a non-existent record that can be produced from an existing machine readable record is deemed to be a record to which the respondent is entitled access. Not surprisingly, the parties have markedly differing opinions respecting the obligations imposed by subsection 4(3).

[34] The appellants claim that the Motions Judge erred in law by determining that subsection 4(3) requires them to create items that do not exist in any form. They submit that subsection 4(3) is intended to apply to situations where a “record” exists only in machine readable form, and in that case, requires the record to be produced in a more accessible form. For example, the appellants would accept that they are required to print an existing machine readable record and provide the paper copy to the respondent. They insist, however, that there is no obligation to create a record unless that record already exists in machine readable form. According to the appellants, there is no obligation to adapt, manipulate, change or alter the existing machine readable record. The appellants submit that any other interpretation would be contrary to the purpose of the Act, which is to grant access to records held by government institutions but not to conjure up records solely for the purpose of satisfying requests.

[35] For their part, the respondent says that this interpretation is too restrictive and not in keeping with the purpose of the Act as explained in the jurisprudence.

[36] I have concluded that the interpretation of subsection 4(3), for which the appellants contend, is not plausible. The interpretation proposed by the appellants

(3) Pour l'application de la présente loi, les documents qu'il est possible de préparer à partir d'un document informatisé relevant d'une institution fédérale sont eux-mêmes considérés comme relevant de celle-ci, même s'ils n'existent pas en tant que tels au moment où ils font l'objet d'une demande de communication. La présente disposition ne vaut que sous réserve des restrictions réglementaires éventuellement applicables à la possibilité de préparer les documents et que si l'institution a normalement à sa disposition le matériel, le logiciel et les compétences techniques nécessaires à la préparation. [Non souligné dans l'original.]

[33] À mon avis, cette disposition dit qu'un document inexistant qu'il est possible de préparer à partir d'un document informatisé existant est considéré comme un document auquel l'intimé a le droit d'accéder. Comme l'on peut s'y attendre, les parties adoptent des positions très différentes en ce qui a trait aux obligations imposées par le paragraphe 4(3).

[34] Les appelants affirment que le juge des requêtes a commis une erreur de droit lorsqu'elle a dit que le paragraphe 4(3) les obligeait à créer des éléments qui n'existent sous aucune forme. Selon eux, le paragraphe 4(3) s'applique aux cas où un «document» n'existe qu'en version informatisée et, dans ce cas, la disposition impose la préparation du document en une forme plus accessible. Ainsi, les appelants admettraient qu'ils sont tenus d'imprimer un document informatisé existant et de communiquer la copie papier à l'intimé. Ils insistent cependant pour dire qu'ils ne sont pas tenus de créer un document à moins que ce document n'existe déjà en version informatisée. Selon les appelants, il n'y a aucune obligation d'adapter, de manipuler, de modifier ou d'altérer le document informatisé existant. Ils disent que toute autre interprétation serait contraire à l'objet de la Loi, qui est de conférer l'accès aux documents relevant des institutions fédérales, mais non de faire apparaître des documents à seule fin de satisfaire à des demandes.

[35] Pour sa part, l'intimé dit que cette interprétation est trop restrictive et qu'elle ne s'accorde pas avec l'objet de la Loi tel que l'a expliqué la jurisprudence.

[36] Je suis arrivé à la conclusion que l'interprétation que proposent les appelants pour le paragraphe 4(3) n'est pas vraisemblable. L'interprétation proposée par les

is in stark contrast with the express language of this provision, contrary to accepted principles of statutory interpretation and unsupported in light of the overarching purpose of access to information legislation as stated in section 2 of the Act and explained by the Supreme Court of Canada.

[37] First, the appellants' suggestion that subsection 4(3) applies to a record that already exists in machine readable form is implausible. If a record exists in machine readable form, then it cannot be a record that does not exist. Such an interpretation would, therefore, be completely illogical. Second, the appellants' interpretation is contrary to the express language of the Act. Subsection 4(3) applies where a record "does not exist". The subsection does not qualify this reference with the clause "does not exist other than in machine readable form" or words of similar import. Third, the appellants' interpretation would render subsection 4(3) devoid of any meaning or effect. Since a "record" is expressly defined in section 3 of the Act to include a machine readable record, the respondent has a right to access such a record regardless of subsection 4(3). That is, subsection 4(1) already contemplates that a machine readable record must be supplied to the respondent.

[38] Thus, the appellants' interpretation is contrary to accepted principles of statutory interpretation, including the "plausible meaning rule", the "presumption of linguistic competence" and the "rule against tautology" (see R. Sullivan, *supra*, at pages 103, 157 and 159). The only plausible interpretation of subsection 4(3) requires the appellants to produce a record that "does not exist" in any form, machine readable or otherwise. In enacting subsection 4(3) Parliament must have contemplated two different records: a new and distinct record must be produced from an existing machine readable record.

[39] Moreover, the interpretation preferred by the respondent is more consistent with the "overarching purpose" of the Act, which is to "facilitate democracy" by ensuring participation by citizens and accountability

appelants contraste vivement avec le texte lui-même de cette disposition, d'une manière qui ne s'accorde pas avec les principes reconnus d'interprétation législative ni avec l'objet général de la législation sur l'accès à l'information, un objet énoncé dans l'article 2 de la Loi et expliqué par la Cour suprême du Canada.

[37] D'abord, l'idée des appelants selon laquelle le paragraphe 4(3) s'applique à un document qui existe déjà en version informatisée n'est pas vraisemblable. Si un document existe en version informatisée, alors il ne peut s'agir d'un document qui n'existe pas. Une telle interprétation serait donc totalement illogique. Deuxièmement, l'interprétation préconisée par les appelants est contraire au texte même de la Loi. Le paragraphe 4(3) est applicable lorsqu'un document «n'existe pas». Cette disposition ne parle pas de document qui n'existe pas si ce n'est en version informatisée, ni n'emploie de mots ayant le même effet. Troisièmement, l'interprétation préconisée par les appelants priverait le paragraphe 4(3) de toute signification et de tout effet. Puisqu'un «document» est expressément défini dans l'article 3 de la Loi d'une manière qui englobe un enregistrement informatisé, l'intimé a le droit d'accéder à un tel document sans égard au paragraphe 4(3). Plus exactement, le paragraphe 4(1) prévoit déjà qu'un enregistrement informatisé doit être communiqué à l'intimé.

[38] L'interprétation proposée par les appelants est donc contraire aux principes reconnus d'interprétation législative, à savoir le «principe du sens le plus vraisemblable», la «présomption de l'harmonie linguistique» et le «principe de non-tautologie» (voir R. Sullivan, précité, aux pages 103, 157 et 159). La seule interprétation vraisemblable du paragraphe 4(3) oblige les appelants à préparer un document qui n'existe sous aucune forme, informatisée ou autre. Par le paragraphe 4(3), le législateur devait avoir à l'esprit deux types de documents: un document nouveau et distinct doit être préparé à partir d'un document informatisé existant.

[39] Quant à l'interprétation avancée par l'intimé, elle est plus conforme à l'«objet général» de la Loi, qui est de «favoriser la démocratie» en garantissant la participation des citoyens et l'obligation des politiciens et

of politicians and bureaucrats (see *Dagg, supra*). In fact, the respondent seeks access to information for precisely the reasons contemplated by the Supreme Court of Canada, namely, to participate in and ensure the accountability of the Canadian government's research and to analyse the Canadian penal system.

[40] Having concluded that subsection 4(3) contemplates the production of a new record, it is still necessary to determine the meaning of the phrase "from a machine readable record". In my opinion, the answer to this question is largely contextual and fact-specific. Whether a record is indeed producible "from" a machine readable record depends upon a number of factors, including the requisite amount of independent composition as compared to purely mechanical and routine editing or manipulation. But it is necessary here to state the limitations on the obligation of government institutions to produce otherwise non-existent records, as discussed below.

Limitations on the Obligation to Produce a Non-Existent Record

[41] First, subsection 4(3) itself states that non-existent records must be produced only where they are capable of being produced "using computer hardware and software and technical expertise normally used by the government institution". It is not questioned that the CSC has the ability to recreate the data and the code book.

[42] Second, the obligation to produce non-existent records is "subject to such limitations as may be prescribed by regulation". Limitations are prescribed by section 3 of the Regulations, which provides that:

3. . . . a record that does not exist but can be produced from a machine readable record under the control of a government institution need not be produced where the production thereof would unreasonably interfere with the operations of the institution. [Emphasis added.]

[43] The Motions Judge was of the opinion that the appellants adduced no evidence to demonstrate that

bureaucrates de rendre compte à la population (voir l'arrêt *Dagg*, précité). En fait, l'intimé demande l'accès à des renseignements précisément pour les raisons que la Cour suprême du Canada avait à l'esprit, c'est-à-dire participer aux activités de recherche et d'analyse du gouvernement canadien concernant le système pénal canadien, et faire en sorte qu'il soit rendu compte de telles activités à la population.

[40] Ayant conclu que le paragraphe 4(3) vise la préparation d'un nouveau document, je dois encore déterminer le sens de l'expression «à partir d'un document informatisé». À mon avis, la réponse à cette question est largement contextuelle et tributaire des faits. La question de savoir si un document peut effectivement être préparé «à partir» d'un document informatisé dépend de plusieurs facteurs, notamment de la quantité requise de composition indépendante, par opposition à une mise en forme ou une manipulation purement mécanique et routinière. Mais il est nécessaire ici d'énoncer les limites à l'obligation des institutions fédérales de produire des documents par ailleurs inexistantes, limites examinées ci-dessous.

Limites à l'obligation de préparer un document inexistant

[41] D'abord, le paragraphe 4(3) lui-même précise que des documents inexistantes doivent être préparés uniquement s'ils peuvent l'être avec le matériel, le logiciel et les compétences techniques dont dispose normalement l'institution. Il n'est pas mis en doute que le SCC a les moyens nécessaires pour reconstituer les données et le cahier de codes.

[42] Deuxièmement, l'obligation de préparer des documents inexistantes «ne vaut que sous réserve des restrictions réglementaires éventuellement applicables». Des restrictions sont prévues par l'article 3 du Règlement, ainsi rédigé:

3. [. . .] la préparation d'un document qui n'existe pas comme tel mais qui peut être produit à partir d'un document informatisé relevant d'une institution fédérale n'est pas obligatoire lorsque cette préparation entraverait de façon sérieuse le fonctionnement de l'institution concernée. [Non souligné dans l'original.]

[43] Le juge des requêtes a exprimé l'avis que les appelants n'avaient pas prouvé que la demande de

satisfying the respondent's request would unreasonably interfere with its operations. For this reason she ordered the appellants to supply to the respondent a copy of the data and a code book.

[44] This is how she explained it in paragraph 12 of her reasons:

No evidence was put forward about the operations of CSC or its Research Branch. I therefore have no idea whether it has a large staff and a complex computer system with many links to the systems operated by the RCMP and the National Parole Board or whether Mr. Motiuk works with a small staff and limited computer capacity. Further, there was no evidence about how many staff members and how much time would be required to do the two weeks' work he thinks will be needed. As well, no information was provided about the extent to which CSC's computers would be occupied creating the Requested Data. I also was given no indication whether any important or urgent matters are presently being researched by the Research Branch and what impact, if any, the creation of the Requested Data would have on the workload of the Research Branch. [Emphasis added.]

[45] Where evidence on an issue exists and should be evaluated for sufficiency, but the Motions Judge concludes that there is "no evidence" on the issue, then the conclusion is one of law. *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235 teaches that such a conclusion should be reviewed on a standard of correctness.

[46] In determining whether satisfying the respondent's requests would "unreasonably interfere" with the appellants' operations, as that term is used in section 3 of the Regulations, it is my respectful view that the Motions Judge ignored significant evidence in the record. In doing so she was clearly wrong to conclude that there was no evidence in the record to mandate a finding that the production of the non-existent records sought by the respondent would unreasonably interfere with the appellants' operations. On any objective view of the whole of the evidence, I am of the opinion that production of the particular items requested by the respondent would constitute unreasonable interference

l'intimé entraverait de façon sérieuse leur fonctionnement. Elle a donc ordonné aux appelants de communiquer à l'intimé un exemplaire des données et un cahier de codes.

[44] Voici comment elle s'en est expliquée au paragraphe 12 de ses motifs:

Aucun élément de preuve n'a été présenté au sujet du fonctionnement du SCC ou de sa Direction générale de la recherche. J'ignore donc si elle compte un personnel important ou si elle dispose d'un système informatique complexe doté de nombreux liens avec les systèmes exploités par la GRC et la Commission nationale des libérations conditionnelles ou encore si M. Motiuk travaille avec un personnel et une capacité informatique limitée. En outre, aucune preuve n'a été soumise au sujet de l'ampleur des effectifs et du nombre d'heures qui seraient nécessaires pour effectuer le travail de deux semaines qu'il estime nécessaire. Qui plus est, aucun renseignement n'a été fourni au sujet de la mesure dans laquelle les ordinateurs du SCC seraient occupés à créer les données demandées. On ne m'a pas non plus fourni d'indices permettant de savoir si la Direction générale de la recherche effectuée en ce moment des recherches sur des questions importantes ou urgentes ou sur les incidences que la création des données demandées serait susceptible d'avoir sur la charge de travail de la Direction générale de la recherche. [Non souligné dans l'original.]

[45] Lorsqu'il existe des éléments de preuve sur une question et que l'on doit se demander si ces éléments sont suffisants, mais que le juge des requêtes arrive à la conclusion qu'il n'y a pas d'éléments de preuve sur la question, alors la conclusion est une conclusion de droit. L'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, nous enseigne que la norme de contrôle d'une telle décision est la norme de la décision correcte.

[46] Lorsque le juge des requêtes s'est demandé si le travail entraîné par les demandes de l'intimé «entraverait de façon sérieuse» (ce sont les mots employés dans l'article 3 du Règlement) le fonctionnement des appelants, elle a ignoré, à mon humble avis, d'importants éléments de preuve présents dans le dossier. Elle a donc eu tort manifestement de conclure que le dossier ne renfermait aucun élément de preuve permettant de dire que la préparation des documents inexistantes demandés par l'intimé entraverait de façon sérieuse le fonctionnement des appelants. Après examen objectif de l'ensemble de la preuve, je suis d'avis que la préparation des éléments particuliers demandés par l'intimé

with the operation of the appellants.

The Data

[47] Before the Motions Judge the appellants conceded that the data requested by the respondent can be produced in the manner contemplated by subsection 4(3). That is, the requested record (data without personal identifiers) can be produced from a machine readable record (data with personal identifiers) using computer hardware, software and technical expertise normally used by CSC.

[48] However, there was abundant evidence in the record to conclude that the production of the otherwise non-existent data would unreasonably interfere with the appellants' operations. The Motions Judge inaccurately stated that "[n]o evidence was put forward about the operations of CSC or its Research Branch." At paragraph 7 of her reasons, she in fact quoted extensively from portions of Mr. Motiuk's affidavit describing CSC, the whole of which clearly explains the role of the Research Branch and its computer links, software and databases.

[49] The Motions Judge suggested that she had [at paragraph 12] "no idea whether it has a large staff and a complex computer system . . . [or] a small staff and limited computer capacity." However, on cross-examination, Mr. Motiuk expressly stated in response to question 356 that "[t]here are many databases in the Correctional Service of Canada. There's 1200 employees and many researchers." This is merely one of several pointed statements by Mr. Motiuk on cross-examination. A thorough review of the record indicates that there is, in fact, an abundance of information about CSC's computer and human resources.

[50] She also stated that "there was no evidence about how many staff members and how much time would be required to do the two weeks' work he thinks will be

constituerait une entrave sérieuse au fonctionnement des appelants.

Les données

[47] Devant le juge des requêtes, les appelants ont admis que les données demandées par l'intimé pouvaient être préparées de la manière envisagée par le paragraphe 4(3). C'est-à-dire que le document demandé (données exemptes d'identificateurs personnels) pouvait être préparé à partir d'un document informatisé (données avec identificateurs personnels) au moyen du matériel, du logiciel et des compétences techniques dont dispose normalement le SCC.

[48] Cependant, le dossier renfermait une preuve abondante qui permettait de dire que la préparation des données par ailleurs inexistantes entraverait de façon sérieuse le fonctionnement des appelants. Le juge des requêtes a affirmé à tort qu'«aucun élément de preuve n'a été présenté au sujet du fonctionnement du SCC ou de sa Direction générale de la recherche». Au paragraphe 7 de ses motifs, elle reprenait en fait d'importants passages de l'affidavit de M. Motiuk décrivant le SCC, un affidavit qui explique clairement le rôle de la Direction générale de la recherche, ainsi que ses réseaux informatiques, ses logiciels et ses bases de données.

[49] Le juge des requêtes a indiqué qu'elle ignorait [au paragraphe 12] «si elle [la Direction générale de la recherche] compte un personnel important ou si elle dispose d'un système informatique complexe [. . .] ou [. . .] si M. Motiuk travaille avec un personnel et une capacité informatique limitée». Cependant, durant son contre-interrogatoire, M. Motiuk a dit clairement, en réponse à la question 356 que [TRADUCTION] «il y a de nombreuses bases de données au Service correctionnel du Canada. Il y a 1 200 employés et de nombreux chercheurs». Ce n'est là que l'une des déclarations pleines de sous-entendus faites par M. Motiuk durant son contre-interrogatoire. Un examen minutieux du dossier révèle qu'il existe en réalité une foule d'informations sur les ressources informatiques et humaines du SCC.

[50] Le juge des requêtes a dit également qu'«aucune preuve n'a été soumise au sujet de l'ampleur des effectifs et du nombre d'heures qui seraient nécessaires pour

needed.” With respect, she took Mr. Motiuk’s comment in complete isolation from the rest of his affidavit and his testimony on cross-examination. Mr. Motiuk’s remark must be viewed in light of his testimony as a whole. Viewed in this way, it is clearly unreasonable to expect anyone to undertake the work that Mr. Motiuk suggested as being necessary to recreate the record that would not otherwise exist.

[51] She also inaccurately commented that [at paragraph 12] she “was given no indication whether any important or urgent matters are presently being researched”. In my view, however, given the detail in which Mr. Motiuk explained CSC’s role, it is evident that the CSC is currently engaged in a host of ongoing projects. Contrary to her finding, it is easy to see “what impact, if any, the creation of the Requested Data would have on the workload of the Research Branch.” As Mr. Motiuk stated on cross-examination in response to questions 381-383:

. . . we do not have the resources because there is costs involved, staff time, and resources and equipment that are required in order to create entities such as that, files such as that, for external use. . . . We are not funded to—we have no discretionary funds to give to outside researchers. We’re an applied operational unit.

[52] Finally, when one looks at the record as a whole it is clear that fulfilling the respondent’s request would unreasonably interfere with the appellants’ operations. In cross-examination, Mr. Motiuk explained at length CSC’s role, activities, procedures and policies generally (at questions 6-9, 12-18, 77-78, 97-100, 103-184, 226-287, 305-314, 344-384, 389-414, 421-428) and in particular with respect to the work involved in recreating data used for research projects (at questions 97-100, 143-144, 157-164, 231, 244-254, 258-262, 344-351, 359-361, 381-382). Indeed, most of his affidavit and testimony on cross-examination is directed to this issue.

effectuer le travail de deux semaines qu’il estime nécessaire». Elle a malheureusement considéré l’observation de M. Motiuk en l’isolant complètement du reste de son affidavit et de ses témoignages produits en contre-interrogatoire. La remarque de M. Motiuk doit être vue à la lumière de son témoignage tout entier. Considérée de la sorte, il est clairement excessif de croire que quelqu’un puisse effectuer le travail qui, selon M. Motiuk, serait nécessaire pour reconstituer le document qui autrement serait inexistant.

[51] Le juge des requêtes a aussi mentionné à tort [au paragraphe 12] qu’«[o]n ne m’a pas non plus fourni d’indices permettant de savoir si la Direction générale de la recherche effectuée en ce moment des recherches sur des questions importantes ou urgentes». À mon avis cependant, vu le détail avec lequel M. Motiuk a expliqué le rôle du SCC, il est évident que le SCC est engagé actuellement dans une foule de projets. Contrairement à la conclusion du juge des requêtes, il est facile de voir «des incidences que la création des données demandées serait susceptible d’avoir sur la charge de travail de la Direction générale de la recherche». Comme M. Motiuk l’a indiqué durant son contre-interrogatoire en réponse aux questions 381 à 383:

[TRADUCTION] [. . .] nous n’avons pas les ressources parce qu’il y a des coûts à considérer, le temps du personnel, et les ressources et équipements qui sont nécessaires pour créer des entités comme celles-là, des fichiers comme celui-là, pour utilisation externe [. . .] Nous ne sommes pas financés pour [. . .] nous n’avons pas de fonds discrétionnaires à donner à des chercheurs externes. Nous sommes une unité opérationnelle appliquée.

[52] Finalement, lorsque l’on considère le dossier tout entier, il est clair que le travail nécessité par la demande de l’intimé entraverait de façon sérieuse le fonctionnement des appelants. Durant son contre-interrogatoire, M. Motiuk a expliqué en détail le rôle, les activités, les procédures et les politiques du SCC (aux questions 6 à 9, 12 à 18, 77 à 78, 97 à 100, 103 à 184, 226 à 287, 305 à 314, 344 à 384, 389 à 414, 421 à 428) et notamment le travail que suppose la reconstitution de données utilisées pour des projets de recherche (aux questions 97 à 100, 143 et 144, 157 à 164, 231, 244 à 254, 258 à 262, 344 à 351, 359 à 361, 381 et 382). En fait, la plus grande partie de son affidavit

[53] Mr. Motiuk explained broadly the effort necessary to recreate records such as those sought by the respondent. In other places, he described specifically the implications of fulfilling the respondent's particular requests. The Motions Judge, however, was extremely selective in the evidence she considered, referring at paragraph 10 of her analysis only to a brief excerpt from Mr. Motiuk's affidavit concerning the effort required to fulfill the respondent's request. While additional contextual evidence might have been helpful to the Motions Judge, her task was to examine all the evidence presented to determine whether the appellants had met the statutory burden. Instead, she was selective in the evidence she considered and thus overlooked other evidence which was clearly relevant. In doing so she was clearly wrong.

[54] Furthermore, she placed too high a burden upon the appellants to justify their refusal. She failed to give sufficient weight to all relevant considerations, notably the preponderance of evidence contained in the record that supports the appellant's position. To my mind it is inconsistent with the principle that "[r]ights to state-held information are designed to improve the workings of government; to make it more effective, responsive and accountable" (see *Dagg, supra*, at paragraph 63) to require a government institution to adduce more detailed and precise contextual evidence of its operations than the appellants did in this case. Where a motions judge has failed to give sufficient weight to all relevant considerations, an appellate court is entitled to intervene, *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394.

A Code Book

[55] The appellants claim that the code book does not exist in any form, mechanical or otherwise, and, therefore, need not be produced. In light of my interpretation of subsection 4(3), I do not agree with the appellants on this point. Since a code book can be

et de ses témoignages produits en contre-interrogatoire porte sur cet aspect.

[53] M. Motiuk a expliqué dans leurs grandes lignes les efforts qui seraient requis pour reconstituer des documents comme ceux que recherche l'intimé. À d'autres endroits, il a décrit avec précision ce qui arriverait s'il était donné suite aux demandes particulières de l'intimé. Le juge des requêtes a cependant été extrêmement sélective dans la preuve qu'elle a considérée, puisqu'elle ne s'est référée, au paragraphe 10 de son analyse, qu'à un bref extrait de l'affidavit de M. Motiuk sur les efforts qui seraient requis pour donner suite à la demande de l'intimé. Une preuve contextuelle additionnelle aurait sans doute été utile au juge des requêtes, mais sa tâche consistait à examiner l'ensemble de la preuve produite pour savoir si les appellants avaient produit la preuve requise selon la loi. Le juge des requêtes a plutôt été sélective dans la preuve dont elle a tenu compte, et elle a donc ignoré d'autres éléments de preuve qui étaient manifestement pertinents. Ce faisant, elle a commis une erreur manifeste.

[54] Par ailleurs, elle a exagéré l'obligation qu'avaient les appellants de justifier leur refus. Elle n'a pas accordé un poids suffisant à toutes les considérations pertinentes, notamment la prépondérance de la preuve, versée dans le dossier, qui appuie la position des appellants. À mon avis, le fait d'obliger une institution fédérale à produire une preuve contextuelle plus détaillée et plus précise de son fonctionnement que les appellants ne l'ont fait ici est incompatible avec le principe selon lequel «les droits aux renseignements détenus par l'État visent à améliorer les rouages du gouvernement, de manière à le rendre plus efficace, plus réceptif et plus responsable» (voir l'arrêt *Dagg*, précité, au paragraphe 63). Lorsqu'un juge des requêtes n'a pas accordé un poids suffisant à tous les facteurs pertinents, une juridiction d'appel est fondée à intervenir: *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394.

Le cahier de codes

[55] Les appellants affirment que le cahier de codes n'existe sous aucune forme, mécanique ou autre, et que par conséquent il n'a pas à être préparé. Vu mon interprétation du paragraphe 4(3), je ne partage pas l'avis des appellants sur ce point. Puisqu'un cahier de codes

produced from either the underlying or requested data, which are clearly machine readable records, using the computer hardware and software and technical expertise normally used by the appellants, a code book should be produced unless its production unreasonably interferes with the appellants' operations.

[56] The appellants attempt to distinguish between the data and a code book. The appellants conceded that the data was producible because it already exists in machine readable form; it did not require the creation of an entirely new record. In fact, however, the data as requested by the respondent does not already exist in machine readable form. Before it can be produced as requested by the respondent, it would need to be recreated and purged of personal identifiers. Thus, the data as requested by the respondent is distinct from the existing machine readable record. The difference between the data as requested by the respondent and a code book is merely one of degree. Production of the data would require only manipulation of the distinct underlying machine readable record; while production of a code book would require a somewhat greater investment of time and effort, but would nevertheless be "from" the underlying machine readable record. Consequently, the appellants have not satisfied me that the Motions Judge erred in this respect.

[57] The fact that a greater investment of time and effort is required to create a code book than the data does not, by itself, relieve the appellants of their obligation under subsection 4(3) to produce such a record. However, the greater amount time and effort required to fulfill the respondent's request for a code book does directly impact upon a determination of the unreasonableness of the interference caused to the appellants' operations. In considering whether the production of a code book would unreasonably interfere with the appellants' operations, the Motions Judge again cited a lack of evidence adduced by the appellants. For reasons similar to those that I have discussed, I have concluded that there was clearly sufficient evidence in the record to determine that producing a code book would

peut être préparé à partir des données sous-jacentes ou à partir des données demandées, qui sont manifestement des documents informatisés, à l'aide du matériel, du logiciel et des compétences techniques dont disposent normalement les appelants, un cahier de codes devrait être préparé à moins que sa préparation n'entrave de façon sérieuse le fonctionnement des appelants.

[56] Les appelants voudraient faire une distinction entre les données et un cahier de codes. Ils ont admis que les données pouvaient être préparées parce qu'elles existent déjà en version informatisée; elles n'exigeaient pas la création d'un document entièrement nouveau. En fait cependant, les données telles que l'intimé les demande n'existent pas déjà en version informatisée. Avant qu'elles ne puissent être préparées comme l'intimé les demande, il faudrait les reconstituer et les expurger par suppression des identificateurs personnels. Ainsi, les données comme l'intimé les demande se distinguent du document informatisé existant. La différence entre les données comme l'intimé les demande et un cahier de codes est simplement une différence de degré. La préparation des données nécessiterait uniquement une manipulation du document informatisé de départ, qui est distinct, tandis que la préparation d'un cahier de codes nécessiterait un investissement un peu plus élevé en temps et en travail, mais se ferait néanmoins «à partir» du document informatisé de base. Par conséquent, les appelants ne m'ont pas convaincu que le juge des requêtes a erré sur ce point.

[57] Si la constitution d'un cahier de codes requiert davantage de temps et de travail que la constitution de données, cela ne libère pas pour autant les appelants de leur obligation, selon le paragraphe 4(3), de préparer un tel document. Cependant, le surcroît de temps et de travail qui serait requis pour répondre à la demande de l'intimé concernant un cahier de codes influe directement sur la question de savoir si cela entravera de façon sérieuse le fonctionnement des appelants. Lorsqu'elle s'est demandé si la préparation d'un cahier de codes entraverait de façon sérieuse le fonctionnement des appelants, le juge des requêtes a de nouveau invoqué la rareté des éléments de preuve produits par les appelants. Pour des raisons similaires à celles que j'ai examinées, je suis arrivé à la conclusion que les preuves versées dans le dossier étaient manifestement suffisantes pour

unreasonably interfere with the appellant's operations.

[58] In response to questions 288-304 on cross-examination of his affidavit, Mr. Motiuk detailed the work involved and the consequences of fulfilling the respondent's request for a code book. As I have already mentioned, he explained that code books are often unnecessary to CSC research, and by omitting this "very labour intensive stage" of a project, researchers can save themselves "months of work". In particular, he stated that producing a code book to accompany the particular data requested by the respondent would require "a good week to two weeks of text entry into a computer of rewriting variable labels and value labels in terms of the definitions".

[59] For these reasons I am of the opinion that the appellants must succeed.

[60] I pass now to consider the issues which form the subject-matter of the cross-appeal.

The Software

[61] On 17 March 1997 the respondent made a request for a copy of the software. The Motions Judge decided that the software was not producible using computer hardware and software and technical expertise normally used by the appellants. She held that since it existed only for use on a mainframe computer, but not a personal computer, the appellants had no obligation to produce the latter format. That task would normally be performed by external agencies. The respondent cross-appeals this finding, arguing that the Motions Judge erred by assuming that he necessarily required the software in a format for use on a personal computer.

[62] In my view, the contention of the respondent on this point is not without merit. The evidence of the respondent is not that he required the software for use on a personal computer. Indeed, the respondent claims he

autoriser la conclusion selon laquelle la préparation d'un cahier de codes entraverait de façon sérieuse le fonctionnement des appelants.

[58] En réponse aux questions 288 à 304 posées durant le contre-interrogatoire de M. Motiuk sur son affidavit, M. Motiuk a exposé en détail le travail requis et ce qui se produirait si l'on accédait à la demande de l'intimé relative à un cahier de codes. Comme je l'ai déjà mentionné, M. Motiuk a expliqué que les cahiers de codes sont souvent inutiles pour les activités de recherche du SCC et que, en passant outre à cette «étape très laborieuse» d'un projet, les chercheurs peuvent s'épargner des «mois de travail». Il a dit notamment que la préparation d'un cahier de codes devant accompagner les données particulières demandées par l'intimé nécessiterait «une bonne semaine, sinon deux, de saisie du texte dans un ordinateur, ainsi que de rédaction d'étiquettes de variables et d'étiquettes de valeur pour ce qui est des définitions».

[59] Pour ces motifs, je suis d'avis que les appelants doivent obtenir gain de cause.

[60] Passons maintenant aux points qui concernent l'appel incident.

Le logiciel

[61] Le 17 mars 1997, l'intimé a demandé une copie du logiciel. Le juge des requêtes a décidé que le logiciel ne pouvait être préparé à l'aide du matériel, du logiciel et des compétences techniques dont les appelants disposaient normalement. Elle a jugé que, puisqu'il n'existait que pour utilisation sur un ordinateur central, mais non sur un ordinateur personnel, les appelants n'étaient pas tenus de produire le logiciel en une forme adaptée à un ordinateur personnel. Cette tâche était en principe exécutée par des organismes externes. L'intimé interjette un appel incident contre cette conclusion, en affirmant que le juge des requêtes a eu tort de présumer qu'il voulait nécessairement le logiciel en une forme pouvant être utilisée sur un ordinateur personnel.

[62] À mon avis, la prétention de l'intimé sur ce point n'est pas sans fondement. Dans sa preuve, l'intimé ne dit pas qu'il voulait le logiciel en une forme adaptée à un ordinateur personnel. Il affirme même qu'il avait accès

had access to a mainframe computer. The primary question, therefore, is not whether the appellants have an obligation under subsection 4(3) to produce the software in a format for use on a personal computer (although, clearly, such work is not normally done by the appellants), but whether the mainframe computer software is an existing “record” as defined under section 3 of the Act.

[63] The Motions Judge held that the software was not a “record”. On this point, I am in respectful agreement with her interpretation of section 3 of the Act. She concluded that the software is an item used to generate, view or edit a record, as opposed to a record itself. The software is not analogous to any of the items listed in the definition under section 3. In her attempt to interpret Parliament’s intention, she explained that if computer software was contemplated in the definition of a “record” it would have been expressly mentioned. In light of the language of section 3 and the overall purpose of the Act, her approach is consistent with accepted principles of statutory interpretation, and I can find no error in her conclusion. I would only add that, the software is not only not a “record”, it is not “under the control of a government institution”. It is under the control of the external developer, and the appellants are mere licensees. They have no authority to copy or otherwise use the software outside of their agreements.

Infringement of paragraph 2(b) Charter Rights

[64] The respondent submits that the Motions Judge erred in refusing to declare that the purpose and effect of the appellants’ actions were to deny his constitutional right to freedom of expression as guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter. The respondent claims that he did not seek a declaration that the Charter provides him with a right of access to information, but merely that the appellants infringed his constitutional right.

[65] I have not a little difficulty understanding the distinction the respondent attempts to draw. Unless the respondent has a constitutional right of access to

à un ordinateur central. La question essentielle par conséquent n’est pas de savoir si les appelants ont l’obligation, selon le paragraphe 4(3), de préparer le logiciel en une forme adaptée à un ordinateur personnel (encore que, manifestement, ce travail ne soit pas en principe effectué par les appelants), mais de savoir si le logiciel adapté à un ordinateur central constitue un «document» existant au sens de l’article 3 de la Loi.

[63] Le juge des requêtes a estimé que le logiciel n’était pas un «document». Sur ce point, je souscris à son interprétation de l’article 3 de la Loi. Elle a conclu que le logiciel est un élément utilisé pour générer, visionner ou corriger un document, par opposition au document lui-même. Le logiciel n’est pas apparenté à l’un quelconque des éléments énumérés dans la définition qui apparaît dans l’article 3. Dans sa tentative d’interpréter l’intention du législateur, le juge des requêtes a expliqué que, si un logiciel d’ordinateur avait été envisagé dans la définition de «document», il y aurait été expressément mentionné. Vu le texte de l’article 3 et l’objet global de la Loi, la démarche adoptée par le juge des requêtes s’accorde avec les principes reconnus d’interprétation législative, et je ne vois aucune erreur dans sa conclusion. J’ajouterais seulement que non seulement le logiciel n’est pas un «document», mais encore il ne «relève pas d’une institution fédérale». Il relève du concepteur externe, et les appelants sont de simples licenciés. Ils n’ont pas le pouvoir de reproduire ou d’utiliser d’une autre manière le logiciel en dehors de leurs accords.

Négation des droits conférés par l’alinéa 2b) de la Charte

[64] L’intimé affirme que le juge des requêtes a commis une erreur lorsqu’elle a refusé de déclarer que les actes des appelants avaient pour objet et pour effet de nier son droit fondamental à la liberté d’expression, un droit garanti par l’alinéa 2b) de la Charte. L’intimé affirme qu’il ne recherchait pas une déclaration selon laquelle la Charte lui confère un droit d’accès à l’information, mais simplement une déclaration selon laquelle les appelants ont nié son droit fondamental.

[65] J’ai du mal à comprendre la distinction que fait l’intimé. Si l’intimé n’a pas un droit fondamental d’accès à l’information, les appelants n’ont pu nier ce droit. Le

information, the appellants could not have violated that right. The Motions Judge considered the decision of the Ontario Divisional Court in *Ontario (Attorney General) v. Fineberg* (1994), 19 O.R. (3d) 197, which held that paragraph 2(b) does not provide a general right of access to information. Without endorsing all the reasons for decision given in that case, I am in respectful agreement with the conclusion of the Motions Judge that the respondent's Charter right was not contravened here.

Costs

[66] The respondent raises the issue of costs pursuant to section 53 of the Act, which I again reproduce for convenience here:

53. (1) Subject to subsection (2), the costs of and incidental to all proceedings in the Court under this Act shall be in the discretion of the Court and shall follow the event unless the Court orders otherwise.

(2) Where the Court is of the opinion that an application for review under section 41 or 42 has raised an important new principle in relation to this Act, the Court shall order that costs be awarded to the applicant even if the applicant has not been successful in the result.

[67] The Motions Judge stated [at paragraph 34] that "[a]s success was evenly divided, there will be no order as to costs." Clearly, subsection 53(1) of the Act gives the Motions Judge discretion in awarding costs. However, subsection 53(2) qualifies that discretion. I can only infer that, since costs were not awarded to the applicant (the respondent in this proceeding), the Motions Judge was of the opinion that the respondent did not raise an important new principle in relation to the Act.

[68] As stated at the outset of these reasons and accepted by both parties, the appeal and cross-appeal require this Court to consider subsection 4(3) of the Act and section 3 of the Regulations for the first time. The respondent contends that the issues raised in the appeal and cross-appeal involve an important new principle in relation to the Act. He contends further that the implications of these issues are enormous not only for government institutions but also for the public. In response, the appellants contend that simply because an

juge des requêtes a considéré le jugement de la Cour divisionnaire de l'Ontario dans l'affaire *Ontario (Attorney General) v. Fineberg* (1994), 19 O.R. (3d) 197, où l'on a jugé que l'alinéa 2b) ne confère pas un droit général d'accès à l'information. Sans faire miens tous les motifs de décision exposés dans cette affaire, je souscris à la conclusion du juge des requêtes selon laquelle le droit fondamental de l'intimé n'a pas ici été nié.

Dépens

[66] L'intimé soulève la question des dépens dont fait état l'article 53 de la Loi, que je reproduis ici de nouveau par commodité:

53. (1) Sous réserve du paragraphe (2), les frais et dépens sont laissés à l'appréciation de la Cour et suivent, sauf ordonnance contraire de la Cour, le sort du principal.

(2) Dans les cas où elle estime que l'objet des recours visés aux articles 41 et 42 a soulevé un principe important et nouveau quant à la présente loi, la Cour accorde les frais et dépens à la personne qui a exercé le recours devant elle, même si cette personne a été déboutée de son recours.

[67] Le juge des requêtes a expliqué [au paragraphe 34] que, «comme chacune des parties a obtenu gain de cause dans la même mesure, il n'y a pas lieu d'adjuger de dépens». À l'évidence, le paragraphe 53(1) de la Loi donne au juge des requêtes le pouvoir discrétionnaire d'adjuger des dépens. Cependant, le paragraphe 53(2) tempère ce pouvoir. Je ne puis qu'en déduire que, puisque les dépens n'ont pas été adjugés au demandeur (l'intimé dans la présente instance), le juge des requêtes était d'avis que celui-ci n'avait pas soulevé un principe important et nouveau concernant la Loi.

[68] Ainsi que je l'ai indiqué au début des présents motifs, et ainsi que l'ont accepté les deux parties, l'appel et l'appel incident obligent la Cour à considérer pour la première fois le paragraphe 4(3) de la Loi et l'article 3 du Règlement. L'intimé affirme que les points soulevés dans l'appel et dans l'appel incident font intervenir un principe important et nouveau se rapportant à la Loi. Il affirme aussi que les conséquences de ces questions sont énormes non seulement pour les institutions fédérales, mais aussi pour le public. Les appelants objectent, quant

issue is raised for the first time does not make it an important new principle. This may be true, but to my mind, if the issues raised by the respondent in this case do not constitute important new principles, it is difficult to imagine one that would. If the Motions Judge thought otherwise, then I am of the opinion that she was wrong in law. I agree with the respondent respecting the implications of this case. It does involve an important new principle. Consequently although the respondent was ultimately unsuccessful in this appeal, and in his cross-appeal, nevertheless, in my opinion, he should be awarded his costs throughout.

Disposition

[69] I would allow the appeal, dismiss the cross-appeal, and dismiss the application for judicial review. Pursuant to subsection 53(2) of the Act the respondent should have his costs, both here and below, on a party-and-party basis.

STONE J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[70] MALONE J.A. (dissenting in part): I dissent from the majority reasons only in connection with paragraph 69 and the issue of costs. Subsection 53(2) of the Act reads as follows:

53. . . .

(2) Where the Court is of the opinion that an application for review under section 41 or 42 has raised an important new principle in relation to this Act, the Court shall order that costs be awarded to the applicant even if the applicant has not been successful in the result.

[71] Once it has been determined, as in this application, that an important new principle in relation to the Act has been raised by the respondent, his lack of

à eux, que le simple fait qu'un point soit soulevé pour la première fois n'en fait pas un principe important et nouveau. Sans doute, mais, à mon avis, si les points soulevés par l'intimé dans la présente affaire ne constituent pas des principes importants et nouveaux, il est difficile d'imaginer un point qui puisse constituer un principe important et nouveau. Si le juge des requêtes a pensé autrement, alors je suis d'avis qu'elle a commis une erreur de droit. Je partage le point de vue de l'intimé en ce qui concerne les répercussions de la présente affaire. Elle fait intervenir un principe important et nouveau. Par conséquent, même si l'intimé n'a finalement pas eu gain de cause dans le présent appel et dans son appel incident, je suis néanmoins d'avis qu'il a droit à ses dépens dans la présente instance et dans les instances antérieures.

Décision

[69] J'accueillerais l'appel, rejetterais l'appel incident et rejetterais la demande de contrôle judiciaire. En application du paragraphe 53(2) de la Loi, l'intimé a droit à ses dépens partie-partie, dans la présente instance et dans les instances antérieures.

LEJUGESTONE, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

* * *

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

[70] LEJUGEMALONE, J.C.A.: (dissent en partie): Je suis en désaccord avec les motifs des juges majoritaires, uniquement en ce qui a trait au paragraphe 69 et à la question des dépens. Le paragraphe 53(2) de la Loi est ainsi formulé:

53. [. . .]

(2) Dans les cas où elle estime que l'objet des recours visés aux articles 41 et 42 a soulevé un principe important et nouveau quant à la présente loi, la Cour accorde les frais et dépens à la personne qui a exercé le recours devant elle, même si cette personne a été déboutée de son recours.

[71] Une fois que l'on a décidé, comme c'est le cas dans la présente demande, qu'un principe nouveau et important intéressant la Loi a été soulevé par l'intimé, le

success in the initial application and on his cross-appeal becomes irrelevant. Costs cannot be awarded against him and the only remaining issue is the question of costs to be awarded in his favour.

[72] In my view, a lump sum award under subsection 400(4) of the *Federal Court Rules, 1998* best reflects the true intention of Parliament in enacting this unusual subsection, namely, that the respondent should be awarded his reasonable costs and not the normal amount generated by an award of party-and-party costs under the Tariff.

[73] I would set the respondent lump sum costs at \$20,000 inclusive of GST and all disbursements.

rejet de sa demande initiale et de son appel incident devient hors de propos. Il ne peut être condamné aux dépens et le seul point restant concerne les dépens auxquels il a droit.

[72] À mon avis, une somme forfaitaire adjugée selon le paragraphe 400(4) des *Règles de la Cour fédérale (1998)* rend mieux compte de l'intention véritable qu'avait le législateur lorsqu'il a adopté cette disposition inusitée, c'est-à-dire que l'intimé devrait se voir adjuger ses dépens raisonnables, et non la somme qui résulterait de l'adjudication de dépens entre parties selon le tarif.

[73] Je fixerais la somme forfaitaire des dépens de l'intimé à 20 000 \$, y compris la TPS et tous les débours.

A-64-02
2003 FCA 24

A-64-02
2003 CAF 24

Eli Lilly Canada Inc. (Appellant) (Applicant)

Eli Lilly Canada Inc. (appelante) (demanderesse)

v.

c.

The Minister of Health (Respondent) (Respondent)

Le ministre de la Santé (intimé) (défendeur)

INDEXED AS: ELI LILLY CANADA INC. v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: ELI LILLY CANADA INC. c. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (C.A.)

Court of Appeal, Isaac, Sharlow and Malone JJ.A.—
Ottawa, October 15, 2002 and January 22, 2003.

Cour d'appel, Isaac, Sharlow et Malone, J.C.A.—
Ottawa, 15 octobre 2002 et 22 janvier 2003.

Patents — Practice — Patented medicines — Appeal from F.C.T.D. decision denying judicial review application — Minister removing from register '969 patent for ceftazidime pentahydrate combined with amorphous lactose — Invention avoiding toxicity problem by suppressing polymer formation — Appellant having secured NOCs for drugs under trade name "Tazidime" — Appeal turning on interpretation of Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations — Scope of Minister's authority to add, remove patents from register — 1998 amendments to Regulations discussed — Argument, patent lists submitted before 1998 not to be assessed under narrower rules, rejected — Patent can be deleted if no longer qualifies — Amendments not retroactive legislation — Question whether '969 patent eligible under Regulations as amended — Form of patent list facilitating Minister's task — Whether ceftazidime a medicine — F.C.T.D. decision on this disagreed with — Appellant having NOC for Tazidime, may submit patent list — Minister's argument Regulations require "relevance" between drug named in NOC, patent included in register, not accepted — Value of Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS) considered — Problem with Minister's interpretation: could allow generic manufacturer to infringe patent, appellant unable to prevent generic securing NOC.

Brevets — Pratique — Médicaments brevetés — Appel de la décision par laquelle la Section de première instance de la C.F. a rejeté une demande de contrôle judiciaire — Le ministre a radié du registre le brevet '969 visant la ceftazidime pentahydratée associée à du lactose amorphe — L'invention évitait le problème de toxicité en supprimant la formation de polymères — L'appelante a obtenu des avis de conformité pour des drogues portant le nom commercial «Tazidime» — L'appel porte sur la question de l'interprétation du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) — Portée du pouvoir du ministre d'ajouter des brevets au registre ou d'en supprimer — Examen des modifications apportées au Règlement en 1998 — L'argument suivant lequel les listes de brevets soumises avant 1998 ne devaient pas être appréciées selon les règles les plus strictes a été rejeté — Un brevet peut être supprimé s'il ne peut plus être inscrit dans une liste — Les modifications ne sont pas rétroactives — Il s'agit de savoir si le brevet '969 pouvait être inscrit selon le Règlement tel qu'il avait été modifié — L'examen du ministre est facilité par le formulaire de la liste de brevets — La ceftazidime est-elle un médicament? — Désaccord avec la décision de la Section de première instance de la C.F. — Comme elle a obtenu un avis de conformité pour la drogue Tazidime, l'appelante peut soumettre une liste de brevets — L'argument du ministre selon lequel le Règlement exige la «pertinence» entre la drogue indiquée dans l'avis de conformité et le brevet inclus au registre n'a pas été retenu — La valeur du Résumé de l'étude d'impact de la réglementation a été examinée — Problème avec l'interprétation du ministre: elle permettrait au fabricant de produits génériques de contrefaire le brevet et l'appelante serait incapable de l'empêcher d'obtenir un avis de conformité.

Food and Drugs — Appeal from F.C.T.D. order sustaining Minister's decision to remove patent from register — NOC issued under Food and Drug Regulations, Food and Drugs Act as stood in 1990, 1992 — Patent lists submitted in 1993 — Due to volume of submissions at time, patent lists added to register without eligibility determination — At time, register

Aliments et drogues — Appel interjeté de l'ordonnance de la Section de première instance de la C.F. confirmant la décision du ministre de radier le brevet du registre des brevets — L'avis de conformité a été délivré conformément au Règlement sur les aliments et drogues et à la Loi sur les aliments et drogues dans leur version de 1990 et 1992 — Les

maintained on clerical basis — Definition of “drug” in Act, s. 2 — Dissenting opinion: product in question not “drug” within s. 2.

Construction of Statutes — Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations — 1998 amendments permitting deletion from list of patent qualifying for inclusion thereon in 1993 if no longer qualifying — Amendments not retroactive, but speak only from March 11, 1998 (date coming into force) — Value of Regulatory Impact Analysis Statement considered.

This was an appeal from a Federal Court Trial Division decision dismissing an application for the judicial review of the removal from the register of the '969 patent for ceftazidime pentahydrate in combination with amorphous lactose. Ceftazidime is an antibiotic. Prior to disclosure of the '969 patent, known formulations of ceftazidime pentahydrate tended to degrade, resulting in toxicity. The invention—incorporating amorphous lactose—avoids the toxicity problem by suppressing polymer formation. Appellant has discovered another solution—not the subject of a patent—to the toxicity problem but is guarding it as a trade secret. Eli Lilly secured notices of compliance for some six drugs, sold under the trade-name “Tazidime”, which it developed using its secret solution. These drugs are in the form of soluble powders which have to be reconstituted as a solution for injection.

Appellant submitted a patent list under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, subsection 4(1) for all of these Tazidime products, including the '969 patent but the latter was removed by decision of the Minister of Health.

Held (Isaac J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

Per Sharlow J.A. (Malone J.A. concurring): The only dispute concerns the interpretation of the PM(NOC) Regulations and the Court was as well able to interpret them as was the Minister.

This case raised the issue of the scope of the Minister's authority to determine what is added to the patent list, or permitted to remain there. Prior to the 1998 amendments subsection 3(1) of the Regulations implicitly authorized the Minister to ensure that all patents on the list conformed to the Regulations and to refuse to list or to delist any patent not in

listes de brevets ont été présentées en 1993 — En raison du nombre de présentations soumises à l'époque, les listes de brevets ont été ajoutées au registre sans qu'une décision ne soit prise au sujet de leur admissibilité — À l'époque, le registre des brevets était tenu par des employés de bureau — Définition de «drogue» à l'art. 2 de la Loi — Opinion dissidente: le produit en cause n'est pas une «drogue» au sens de l'art. 2.

Interprétation des lois — Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) — Les modifications apportées en 1998 permettaient de radier des listes les brevets admissibles en 1998 s'ils ne respectaient plus les exigences — Les modifications ne sont pas rétroactives, elles ne s'appliquent qu'à partir du 11 mars 1998 (date d'entrée en vigueur) — Examen de la valeur du Résumé de l'étude d'impact de la réglementation.

Il s'agissait d'un appel de la décision par laquelle la Section de première instance de la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la radiation, dans le registre des brevets, du brevet '969 visant la ceftazidime pentahydratée associée à du lactose amorphe. La ceftazidime est un antibiotique. Avant la divulgation contenue dans le brevet '969, les formulations connues de la ceftazidime pentahydratée avaient tendance à se dégrader, causant la toxicité. L'invention, qui incorpore du lactose amorphe, évite le problème de toxicité en supprimant la formation de polymères. L'appelante a trouvé une autre solution—qui ne fait pas l'objet d'un brevet—au problème de toxicité mais elle la garde comme un secret de fabrique. Eli Lilly a obtenu des avis de conformité pour six drogues, vendues sous le nom commercial «Tazidime», qu'elle a élaborées en utilisant cette autre solution. Ces drogues sont des poudres solubles, destinées à être reconstituées pour obtenir une solution administrée par injection.

L'appelante a présenté une liste de brevets en vertu du paragraphe 4(1) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* pour chacun de ces produits Tazidime, dont le brevet '969, mais celui-ci a été radié à la suite d'une décision du ministre de la Santé.

Arrêt (le juge Isaac, J.A.C., étant dissident): L'appel doit être accueilli.

Le juge Sharlow, J.C.A. (avec l'appui du juge Malone, J.C.A.): La seule question en litige est l'interprétation du Règlement sur les MB(ADC) et la Cour était aussi bien placée que le ministre pour interpréter ce règlement.

La présente affaire a soulevé la question de la portée du pouvoir du ministre de décider ce qui est ajouté à la liste de brevets, ou ce qui peut y rester. Avant les modifications de 1998, le paragraphe 3(1) du Règlement conférait implicitement au ministre le pouvoir de veiller à ce que tous les brevets figurant dans la liste soient conformes au Règlement et de

conformity. This was made even more clear by the 1998 amendments. Subsection 3(1) now provides that “the Minister may refuse to add or may delete any information that does not meet the requirements of” section 4. The amended section 4 narrowed the scope of information eligible for inclusion on the register. It was argued for appellant that the eligibility of patent lists submitted prior to the amendments ought not to be assessed under the narrower rules but this submission could not be agreed with. A patent on the list which, under the amendments, no longer qualifies, could be deleted at any time after March 11, 1998 (the date when the amendments came into effect). Appellant’s submission, that this offended a right not to be subject to retroactive legislation, was without merit. The amendments are not retroactive but speak only from March 11, 1998. That their application may result in the removal from the list of a patent accepted for listing in 1993 does not make the amendments retroactive.

The question then was whether the ‘969 patent was eligible for inclusion under the Regulations as amended. The Minister’s task is facilitated by the form of the patent list. A separate list is submitted for each product and the form requires such information as brand name, the drug identification number in the notice of compliance, and dosage.

There was some dispute in the Trial Division as to whether ceftazidime is a medicine but while amorphous lactose has no medicinal properties, ceftazidime is an antibiotic and a formulation of the two would fall within the definition of “medicine” in section 2 of the Regulations. This Court could not agree with the conclusion of the Trial Division Judge that, since ceftazidime by itself is toxic, it is incapable of use for the treatment of a disease or disorder. An antibiotic does not cease to be such because it cannot function safely in the body unless combined with another substance that prevents it from degrading to toxicity. For purposes of the PM(NOC) Regulations, ceftazidime is a medicine whether or not formulated with amorphous lactose. Appellant having been issued an NOC for Tazidime, which contains the medicine ceftazidime, it is permitted to submit a patent list in respect of the drug Tazidime.

As to what patents may be included on the list, under paragraph 4(2)(b), the list may include any patent that contains “a claim for the medicine itself”. On a grammatical reading of the Regulations, the ‘969 patent should be eligible for

refuser d’inscrire ou de supprimer tout brevet qui n’était pas conforme. C’est devenu encore plus clair par suite des modifications apportées en 1998. Le paragraphe 3(1) prévoit maintenant que «[le ministre] peut refuser d’y ajouter ou en supprimer tout renseignement qui n’est pas conforme aux exigences de» l’article 4. L’article 4 modifié a restreint l’étendue des renseignements qui peuvent être inscrits dans le registre des brevets. Il a été allégué au nom de l’appelante que l’admissibilité des listes de brevets soumises avant les modifications ne devait pas s’apprécier selon les règles les plus strictes, mais il n’était pas possible de souscrire à cette position. Un brevet de la liste qui ne pouvait plus être inscrit selon les modifications pouvait être supprimé n’importe quand après le 11 mars 1998 (date à laquelle les modifications sont entrées en vigueur). L’observation de l’appelante, savoir que cela porte atteinte au droit de ne pas être assujéti à une législation rétroactive, n’était pas fondée. Les modifications ne sont pas rétroactives, mais ne s’appliquent qu’à partir du 11 mars 1998. Elles ne deviennent pas rétroactives parce que leur application peut entraîner la suppression de la liste de brevets d’un brevet qui y a été accepté en 1993.

Il s’agissait donc de savoir si le brevet ‘969 pouvait être inscrit dans le registre des brevets selon le Règlement tel qu’il a été modifié. L’examen du ministre est facilité par le formulaire de la liste de brevets. Une liste distincte est soumise pour chaque produit et le formulaire exige des renseignements au sujet de la drogue comme la marque, le numéro d’identification de drogue indiqué dans l’avis de conformité et la concentration.

On a débattu en première instance du point de savoir si la ceftazidime est un médicament mais, bien que le lactose amorphe ne possède pas de propriétés médicinales, la ceftazidime est un antibiotique et la formulation des deux serait considérée comme un «médicament» au sens de l’article 2 du Règlement. La Cour ne pouvait souscrire à la conclusion du juge de première instance qui avait considéré qu’étant donné que la ceftazidime est toxique en soi, elle ne peut servir au traitement d’une maladie ou d’un désordre. Un antibiotique ne cesse pas d’être un antibiotique parce qu’il ne peut pas être utilisé dans l’organisme sans effet nuisible tant qu’il n’est pas combiné avec une substance qui l’empêche de devenir toxique en se dégradant. Pour l’application du Règlement sur les MB(ADC), la ceftazidime est un médicament, qu’elle soit formulée ou non avec le lactose amorphe. Comme elle a obtenu un avis de conformité pour la drogue Tazidime, qui contient un médicament, la ceftazidime, l’appelante peut soumettre une liste de brevets à l’égard de la drogue Tazidime.

Pour ce qui est des brevets qui peuvent être inclus dans la liste, suivant l’alinéa 4(2)(b), la liste peut comprendre tout brevet qui comporte «une revendication pour le médicament en soi». Selon le sens grammatical du Règlement, le brevet ‘969

inclusion in the Tazidime patent lists but the Minister's argument was that the Regulations require a "relevance" between the drug named in the NOC and the patent sought to be included in the register. Since Tazidime makes no use of the invention disclosed in the '969 patent, it is not "relevant" to the NOC for Tazidime. That argument was accepted by a Judge of the Trial Division in *Warner-Lambert Canada Inc v. Canada (Minister of Health)*. But a review of the 1998 Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS) revealed that the passage cited in *Warner-Lambert* in support of the relevance requirement referred to paragraph 4(7)(b) of the Regulations and the "relevance" mentioned in the quoted passage in the RIAS was in relation to the new requirement for a certification of relevance as to dosage form, strength and route of administration. Thus, the desired "product specific patent list" will be achieved by ensuring compliance with paragraph 4(7)(b). The quoted passage does not have the broader significance suggested by the Minister. An RIAS can do no more than explain in general terms the objective of the Regulations. The question is whether the PM(NOC) Regulations can fairly be read as imposing a "relevance" test. The Regulations address the question as to who may submit a patent list, not the permitted contents thereof and they do not describe any relationship between the drug named in the NOC and the patents that may be included in the patent list. Appellant submitted that were the Minister's interpretation accepted, a generic manufacturer might be able to produce a drug consisting of a formulation of ceftazidime and amorphous lactose that was bioequivalent to Tazidime. Such product could infringe the '969 patent but Eli Lilly would be unable to prevent issuance of an NOC if the '969 patent was deleted from the Tazidime patent lists. A similar argument was accepted, albeit as *obiter dicta*, by the Trial Division in *Apotex Inc. v. Canada*, a case under the pre-1998 Regulations. There were two reasons for preferring this interpretation to that favoured by the Minister: (1) it is more consistent with the wording of the Regulations, and (2) it could prevent patent infringement.

Per Isaac J.A. (dissenting): The decision of the Motions Judge should be sustained since she canvassed the evidence and applied the law correctly.

The requirements of subsection 3(3) of the Regulations had not been met. That subsection provides that no information respecting submission of a patent list shall be included in the register until an NOC for that drug has issued. Thus it is

devrait pouvoir être inclus dans les listes de brevets pour le Tazidime, mais le ministre a soutenu qu'il doit exister une «pertinence» entre la drogue indiquée dans l'avis de conformité et le brevet que l'on veut inscrire dans le registre. Comme Tazidime n'utilise aucunement l'invention divulguée dans le brevet '969, celui-ci n'est pas «pertinent» par rapport à l'avis de conformité pour Tazidime. Cet argument a été accepté par le juge de première instance dans la décision *Warner-Lambert Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*. Toutefois, il ressort de l'examen du Résumé de l'étude d'impact de la réglementation (le Résumé) que l'extrait cité dans la décision *Warner-Lambert* relativement à l'exigence de pertinence prévue à l'alinéa 4(7)b) du Règlement et à la «pertinence» mentionnée dans l'extrait cité du Résumé se rapporte à la nouvelle exigence d'une attestation de la pertinence quant à la forme posologique, la concentration et la voie d'administration. On obtiendra alors la liste de brevets «spécifique d'un produit» que l'on recherche en respectant la conformité à l'alinéa 4(7)b). L'extrait cité n'a pas la portée plus large plaidée par le ministre. Un résumé de l'étude d'impact de la réglementation se limite à expliquer en termes très généraux l'objectif du Règlement. La question est de savoir si l'on peut interpréter raisonnablement que le Règlement sur les MB(ADC) impose un critère de la «pertinence». Le Règlement détermine les personnes qui peuvent présenter une liste de brevets et non ce que peut contenir une telle liste, et il ne décrit pas une relation entre la drogue désignée dans l'avis de conformité et les brevets qui peuvent être inclus dans la liste de brevets. L'appelante a fait valoir que si l'interprétation du ministre devait être retenue, un fabricant de drogues génériques pourrait produire une drogue consistant en une formulation de ceftazidime et de lactose amorphe qui soit bioéquivalente à Tazidime. Un tel produit pourrait contrefaire le brevet '969, mais Eli Lilly serait incapable d'empêcher la délivrance d'un avis de conformité si le brevet '969 était supprimé de la liste des brevets concernant Tazidime. Un argument semblable a été accepté, mais seulement dans une remarque incidente, par la Section de première instance dans la décision *Apotex Inc. c. Canada*, une décision antérieure aux modifications du Règlement en 1998. Il y avait deux raisons de préférer cette interprétation à celle proposée par le ministre: 1) elle est plus conforme à la formulation du Règlement et 2) elle pourrait prévenir la contrefaçon de brevets.

Le juge Isaac, J.C.A. (dissident): La décision du juge des requêtes doit être maintenue parce que celui-ci a apprécié la preuve et appliqué le droit correctement.

Il n'a pas été satisfait aux exigences du paragraphe 3(3) du Règlement. Ce paragraphe prévoit qu'aucun renseignement concernant la soumission d'une liste de brevets ne peut être consigné dans le registre avant la délivrance de l'avis de

necessary to name the drug in respect of which the patent list information was provided and an NOC issued. The NOC in question was issued under the *Food and Drug Regulations* and *Food and Drugs Act* as they stood in 1990 and 1992 respectively. There was affidavit evidence—not contradicted upon cross-examination—of respondent’s patent officer that the patent lists herein were submitted in 1993, when the Regulations first came into force, and such a huge number of submissions were being received that whatever patent lists were submitted were included in the patent register without eligibility being determined. The expectation was that the register would be maintained on a clerical basis. The drugs referred to in the affidavit filed on behalf of appellant did not use the formulation claimed in the ‘969 patent. The decision to remove the ‘969 patent from the register was based on the requirements of section 4 of the Regulations. The ‘969 patent was ineligible for listing on the register for Tazidime and Tazidime Add-Vantage.

It could not be agreed that, for the purposes of the Regulations, ceftazidime is a medicine whether or not formulated with amorphous lactose. Nor could it be concluded that, because appellant has an NOC for Tazidime (containing ceftazidime), it may submit a patent list for the drug Tazidime. Understanding the differing opinions on this issue arrived at by Sharlow J.A. and the Motions Judge, necessitated a consideration of the definitions of “medicine” in Regulations, section 2 and “drug” in section 2 of the *Food and Drugs Act*. An extensive review of the evidence was also required. Based on the evidence of a Dr. Wirth, filed by appellant, the Judge below was correct in concluding that ceftazidime, by itself, is not a “medicine” as defined in section 2 of the Regulations. The analysis of Noël J. in *Hoffmann-LaRoche*, heavily relied upon by Sharlow J.A., was inapplicable as the reported record of that case does not disclose the existence of a toxicity problem. Dr. Wirth’s affidavit acknowledged that “a company seeking to sell ceftazidime will have to overcome the polymerization problem” and from that it could be inferred that ceftazidime, by itself, cannot meet the definition of “medicine” found in the Regulations. That is because it is incapable of use for the treatment of a disease or the symptoms thereof. By itself, it has no therapeutic value. Nor was it a “drug” as defined by section 2 of the Act as it fails to meet the requirements set out at paragraphs (a) and (b) of the definition. Again, it was doubtful that ceftazidime, by itself, is a “claim for the medicine itself”, the method used in appellant’s formulation of ceftazidime not being that claimed in the patent.

conformité à l’égard de la drogue. Il est donc nécessaire de désigner la drogue à l’égard de laquelle la liste de brevets a été fournie et à l’égard de laquelle l’avis de conformité a été délivré. L’avis de conformité en cause a été délivré en vertu du *Règlement sur les aliments et drogues* et de la *Loi sur les aliments et drogues* dans leur version de 1990 et 1992 respectivement. Le témoignage par affidavit—non contredit lors du contre-interrogatoire—de l’agent des brevets de l’intimé indiquait que les listes de brevets en cause avaient été soumises en 1993 lorsque le Règlement est entré en vigueur, et qu’un nombre si élevé de listes avaient été reçues que toutes les listes étaient incluses dans le registre des brevets sans qu’aucune décision ne soit prise au sujet de leur admissibilité. Il était prévu que le registre de brevets serait tenu par des employés de bureau. Les médicaments mentionnés dans l’affidavit produit au nom de l’appelante n’utilisaient pas la formulation revendiquée dans le brevet ‘969. La décision de radier le brevet ‘969 du registre des brevets était fondée sur les exigences de l’article 4 du Règlement. Le brevet ‘969 n’était pas admissible à être inscrit au registre relativement à Tazidime et Tazidime Add-Vantage.

Il n’était pas possible de souscrire à la conclusion que, pour l’application du Règlement, la ceftazidime est un médicament, qu’elle soit formulée ou non avec le lactose amorphe. Il n’était pas non plus possible de souscrire à la conclusion que, du fait que l’appelante a obtenu un avis de conformité à l’égard de Tazidime (contenant de la ceftazidime), il pouvait être permis de soumettre une liste de brevet à l’égard de la drogue Tazidime. Pour comprendre la divergence d’opinion entre le juge Sharlow et le juge des requêtes, il fallait considérer la définition des termes «médicament» à l’article 2 du Règlement et «drogue» à l’article 2 de la *Loi sur les aliments et drogues*. Un examen approfondi des témoignages était également requis. Sur le fondement du témoignage de D’ Wirth, invoqué par l’appelante, le juge de première instance a eu raison de dire que la ceftazidime, par elle-même, n’est pas un «médicament» au sens de la définition prévue à l’article 2 du Règlement. L’analyse faite par le juge Noël dans la décision *Hoffmann-LaRoche*, sur laquelle s’est fortement appuyée le juge Sharlow, n’était pas applicable parce que, dans cette affaire, il n’y avait pas de preuve qu’il existait un problème de toxicité. Le D’ Wirth a reconnu dans son affidavit que «la société qui veut vendre de la ceftazidime devra surmonter le problème de la polymérisation», et il était possible d’en déduire que la ceftazidime, en soi, ne peut être un «médicament» au sens de la définition prévue au Règlement, et ce, parce qu’elle ne peut servir au traitement d’une maladie ou de ses symptômes. En soi, elle est dépourvue de valeur thérapeutique. Il ne s’agissait pas non plus d’une «drogue» suivant la définition prévue à l’article 2 de la Loi puisqu’elle ne satisfait pas aux alinéas a) et b) de ladite définition. De plus, il est douteux que l’on

Downplaying the utility of the RIAS could not be concurred in. Decisions of both this Court and the Supreme Court of Canada have held that an RIAS is evidence of the government's purpose in promulgating a regulation. The majority judgment herein ignores the dual purpose of the 1998 regulatory scheme: to balance the rights of patentees with facilitating the entry into the marketplace of generic drugs.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

Food and Drugs Act, R.S.C., 1985, c. F-27, s. 2 "drug" (as am. by S.C. 1993, c. 34, s. 71).

Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870.

Income Tax Regulations, amendment, SOR/89-419.

Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 2, 3 (as am. by SOR/98-166, s. 2), 4 (as am. *idem*, s. 3), 5 (as am. *idem*, s. 4; SOR/99-379, s. 2), 6(1) (as am. by SOR/98-166, s. 5).

Regulations Amending the Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/98-166, ss. 1, 2, 3, 9, 10.

Tobacco Products Control Regulations, amendment, SOR-93-389.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

NOT FOLLOWED:

Warner-Lambert Canada Inc. v. Canada (Minister of Health) (2001), 12 C.P.R. (4th) 129; 206 F.T.R. 177 (F.C.T.D.).

APPLIED:

Merck & Co. v. Canada (Attorney General) (1999), 176 F.T.R. 21 (F.C.T.D.); *affd* (2000), 5 C.P.R. (4th) 138; 254 N.R. 68 (F.C.A.); *Parke-Davis Division v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 2 F.C. 514; (C.A.); *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 62 C.P.R. (3d) 58; 97 F.T.R. 288 (F.C.T.D.); *affd* (1996), 67 C.P.R. (3d) 25 (F.C.A.); *Apotex Inc. v. Canada (Minister of Health)* (1999), 87

puisse affirmer que la ceftazidime, en soi, est une «revendication pour le médicament en soi», la méthode utilisée par l'appelante dans sa formulation de la ceftazidime n'étant pas celle revendiquée dans le brevet.

Il n'était pas possible de souscrire à la minimisation de l'utilité du Résumé de l'étude d'impact de la réglementation. Des arrêts tant de notre Cour que de la Cour suprême du Canada ont statué qu'un tel résumé indique l'objet du gouvernement en prenant des règlements. Le jugement majoritaire rendu en l'espèce ne tient pas compte du double objet du régime réglementaire de 1998: définir un équilibre entre les droits des brevetés et l'intention de faciliter l'entrée sur le marché de produits génériques.

LOIS ET RÈGLEMENTS

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 aliments et drogues, L.R.C. (1985), ch. F-27, art. 2 «drogue» (mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 71).

Règlement modifiant le Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/98-166, art. 1, 2, 3, 9, 10.

Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870.

Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 2, 3 (mod. par DORS/98-166, art. 2), 4 (mod., *idem*, art. 3), 5 (mod., *idem*, art. 4; DORS/99-379, art. 2), 6(1) (mod. par DORS/98-166, art. 5).

Règlement sur les produits du tabac—Modification, DORS/93-389.

Règlement sur l'impôt sur le revenu—Modification, DORS/89-419.

JURISPRUDENCE

DÉCISION NON SUIVIE:

Warner-Lambert Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé) (2001), 12 C.P.R. (4th) 129; 206 F.T.R. 177 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Merck & Co. c. Canada (Procureur général) (1999), 176 F.T.R. 21 (C.F. 1^{re} inst.); *conf. par* (2000), 5 C.P.R. (4th) 138; 254 N.R. 68 (C.A.F.); *Parke-Davis Division c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 2 C.F. 514; (C.A.); *Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 62 C.P.R. (3d) 58; 97 F.T.R. 288 (C.F. 1^{re} inst.); *conf. par* (1996), 67 C.P.R. (3d) 25 (C.A.F.); *Apotex Inc. c. Canada (Ministre*

C.P.R. (3d) 271; 165 F.T.R. 42 (F.C.T.D.).

de la Santé) (1999), 87 C.P.R. (3d) 271; 165 F.T.R. 42 (C.F. 1^{re} inst.).

REFERRED TO:

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; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 46 Man. R. (2d) 241; 25 Admin. L.R. 20; 87 CLLC 14,015; 18 C.P.C. (2d) 273; 73 N.R. 341; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321; *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311; (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; 54 C.P.R. (3d) 114; 164 N.R. 1; 60 Q.A.C. 241; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; (1995), 127 D.L.R. (4th) 193; [1995] 2 C.T.C. 369; 95 DTC 5551; 186 N.R. 243; *Bayer Inc. v. Canada (Attorney General)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 293; 243 N.R. 70 (F.C.A.).

APPEAL from a Trial Division order ((2002), 16 C.P.R. (4th) 439) dismissing an application for the judicial review of a decision of the Minister of Health removing a patent from the register maintained under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, section 3. Appeal allowed.

DÉCISIONS CITÉES:

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; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 46 Man. R. (2d) 241; 25 Admin. L.R. 20; 87 CLLC 14,015; 18 C.P.C. (2d) 273; 73 N.R. 341; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321; *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; 54 C.P.R. (3d) 114; 164 N.R. 1; 60 Q.A.C. 241; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; (1995), 127 D.L.R. (4th) 193; [1995] 2 C.T.C. 369; 95 DTC 5551; 186 N.R. 243; *Bayer Inc. c. Canada (Procureur général)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 293; 243 N.R. 70 (C.A.F.).

APPEL d'une ordonnance de la Section de première instance ((2002), 16 C.P.R. (4th) 439) rejetant une demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre de la Santé de radier un brevet du registre des brevets tenu en vertu de l'article 3 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. Appel accueilli.

APPEARANCES:

Anthony George Creber and Patrick S. Smith for appellant (applicant).
Frederick B. Woyiwada and Marie A. Crowley for respondent (respondent).

ONT COMPARU:

Anthony George Creber et Patrick S. Smith pour l'appelante (demanderesse).
Frederick B. Woyiwada et Marie A. Crowley pour l'intimé (défendeur).

SOLICITORS OF RECORD:

Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for appellant (applicant).
Deputy Attorney General of Canada for respondent (respondent).

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, pour l'appelante (demanderesse).
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé (défendeur).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

[1] SHARLOW J.A.: This is an appeal from an order [(2002), 16 C.P.R. (4th) 439 (F.C.T.D.)] of a judge

[1] LE JUGE SHARLOW, J.C.A.: Il s'agit d'un appel d'une ordonnance d'un juge rejetant une demande de

dismissing an application by Eli Lilly Canada Inc. for judicial review of the decision of the Minister of Health to remove Canadian Patent No. 1249969 (the '969 patent) from the patent register maintained under section 3 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (PM(NOC) Regulations). The '969 patent will expire on February 14, 2006.

[2] All of the claims of the '969 patent are for ceftazidime pentahydrate in combination with amorphous lactose. Ceftazidime is an antibiotic. According to the disclosure in the '969 patent, ceftazidime pentahydrate is a useful form of ceftazidime for pharmaceutical formulations. Prior to the disclosure in the '969 patent, the known formulations of ceftazidime pentahydrate tended to degrade, leading to the formation of high molecular weight polymers, which results in toxicity. The invention disclosed by the '969 patent provides a formulation of ceftazidime pentahydrate with amorphous lactose. The incorporation of amorphous lactose avoids the toxicity problem by suppressing the formation of polymers.

[3] Eli Lilly has found an alternative solution to the toxicity problem presented by the degradation of ceftazidime pentahydrate. Its alternative solution is not the subject of a patent. Rather, Eli Lilly is guarding it as a trade secret. Using that alternative solution, Eli Lilly developed six ceftazidime drugs. In 1990 and 1992, Eli Lilly obtained notices of compliance for those six drugs pursuant to the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870. Four of the drugs are sold in various dosages under the trade-name Tazidime and two are sold in various dosages under the trade-name Tazidime Add-Vantage (collectively, "Tazidime"). All of these products are soluble powders, intended to be reconstituted as a solution to be administered by injection.

[4] On April 8, 1993, Eli Lilly submitted a patent list under subsection 4(1) of the PM(NOC) Regulations for each of its Tazidime products. Each patent list names several patents, including the '969 patent. The '969 patent was included on the patent register when the patent lists were filed. However, it was removed on July

contrôle judiciaire [(2002), 16 C.P.R. (4th) 439 (C.F. 1^{re} inst.)], présentée par Eli Lilly Canada Inc., à l'égard d'une décision du ministre de la Santé de radier le brevet canadien n° 1249969 (le brevet '969) du registre des brevets tenu en vertu de l'article 3 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (*Règlement sur les MB(ADC)*). Le brevet '969 expirera le 14 février 2006.

[2] Toutes les revendications du brevet '969 visent la ceftazidime pentahydratée associée à du lactose amorphe. La ceftazidime est un antibiotique. Selon la divulgation contenue dans le brevet '969, la ceftazidime pentahydratée est une forme utile de la ceftazidime pour les formulations pharmaceutiques. Avant la divulgation contenue dans le brevet '969, les formulations connues de la ceftazidime pentahydratée tendaient à se dégrader, entraînant la formation de polymères à poids moléculaire élevé, qui cause la toxicité. L'invention divulguée par le brevet '969 donne une formulation de ceftazidime pentahydratée avec du lactose amorphe. L'incorporation du lactose amorphe évite le problème de toxicité en supprimant la formation de polymères.

[3] Eli Lilly a trouvé une autre solution au problème de toxicité découlant de la dégradation de la ceftazidime pentahydratée. Son autre solution ne fait pas l'objet du brevet. Eli Lilly la garde plutôt comme un secret de fabrique. En employant cette autre solution, Eli Lilly a élaboré six drogues à base de ceftazidime. En 1990 et 1992, Eli Lilly a obtenu des avis de conformité pour ces six drogues en vertu du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870. Quatre de ces drogues sont vendues en diverses formes posologiques sous le nom commercial Tazidime et deux autres sont vendues en diverses formes posologiques sous le nom commercial Tazidime Add-Vantage (collectivement, «Tazidime»). Tous ces produits sont des poudres solubles, destinées à être reconstituées pour obtenir une solution qui sera administrée par injection.

[4] Le 8 avril 1993, Eli Lilly a présenté une liste de brevets en vertu du paragraphe 4(1) du *Règlement sur les MB(ADC)* pour chacun de ses produits Tazidime. Chaque liste de brevets énumère plusieurs brevets, dont le brevet '969. Le brevet '969 a été inscrit au registre des brevets lorsque les listes ont été déposées. Toutefois, il

6, 2000 pursuant to a decision of the Minister recorded in a letter to Eli Lilly dated June 8, 2000. The appellant sought judicial review of the Minister's decision. Its application was dismissed, and the appellant now appeals to this Court.

[5] It is undisputed that the standard of review of the Minister's decision is correctness: *Merck & Co. v. Canada (Attorney General)* (1999), 176 F.T.R. 21 (F.C.T.D.), at paragraph 68, affirmed without comment on the standard of review (2000), 5 C.P.R. (4th) 138 (F.C.A.). The only dispute is the interpretation of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*. The Court is as well placed as the Minister to interpret those regulations.

[6] The proper approach to the interpretation of the PMNOC Regulations is well established. It has recently been summarized by this Court in *Parke-Davis Division v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 2 F.C. 514, at paragraphs 30-33:

. . . The basic principle to be applied is stated as follows in Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at page 87:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

This principle has been applied in numerous statutory contexts: *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42. In that case Iacobucci J., writing for the court, also noted that Driedger's approach to statutory interpretation is buttressed by section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, which provides that every enactment "is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects".

The PMNOC Regulations were enacted in 1993 when the compulsory licensing system for patented medicines was repealed. Their purpose is explained as follows in the *Regulatory Impact Analysis Statement*, Canada Gazette Part II, Vol. 127, No. 6, page 1388:

a été radié le 6 juillet 2000, à la suite d'une décision du ministre consignée dans une lettre à Eli Lilly datée du 8 juin 2000. L'appelante a demandé le contrôle judiciaire de la décision du ministre. Sa demande a été rejetée et elle interjette appel devant la Cour.

[5] Il n'est pas contesté que la norme de contrôle applicable à la décision du ministre est celle de la décision correcte: *Merck & Co. c. Canada (Procureur général)* (1999), 176 F.T.R. 21 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 68, confirmée sans commentaire sur la norme de contrôle (2000), 5 C.P.R. (4th) 138 (C.A.F.). La seule question en litige est l'interprétation du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. La Cour est aussi bien placée que le ministre pour interpréter ce règlement.

[6] La bonne méthode d'interprétation du Règlement sur les MBADC est bien établie. Elle a été résumée récemment par la Cour dans l'arrêt *Parke Davis Division c. et Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 2 C.F. 514, aux paragraphes 30 à 33:

[. . .] Le principe de base à appliquer est celui qu'on trouve énoncé dans l'ouvrage de Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd., 1983), à la page 87:

[TRADUCTION] Aujourd'hui, il n'y a qu'un seul principe ou solution: il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Ce principe d'interprétation législative a été appliqué dans un grand nombre de contextes: voir l'arrêt *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42. Dans cet arrêt, le juge Iacobucci, s'exprimant au nom de la Cour, a en outre souligné que la méthode d'interprétation législative préconisée par Driedger était renforcée par l'article 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, qui prévoit que tout texte «est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet».

Le Règlement sur les MBAC a été adopté en 1993 au moment de l'abrogation du régime d'octroi de licences obligatoires pour les médicaments brevetés. L'objet du Règlement est expliqué dans le *Résumé de l'étude d'impact de la réglementation*, Gazette du Canada, partie II, volume 127, n° 6, page 1388:

... As a general rule, judicial remedies are sufficient to address patent infringement. However, with the enactment of Bill C-91 [S.C. 1993, c. 2] the government has created an exception to patent infringement allowing generic competitors to undertake any activities necessary to work up a submission to obtain regulatory approval of a product. This removes a patent right that might have otherwise been available to patentees to prevent generic competitors from obtaining such regulatory approval of their products.

These Regulations are needed to ensure that this new exception to patent infringement is not abused by generic drug applicants seeking to sell their product in Canada during the term of their competitor's patent while nonetheless allowing generic competitors to undertake their regulatory approval work necessary to ensure they are in a position to market their products immediately after the expiry of any relevant patents.

Consistent with this quotation is the statement of the Supreme Court of Canada that the purpose of the PMNOC Regulations is to prevent patent infringement by delaying the issuance of notices of compliance for generic drugs until such time as their implementation will not result in the infringement of a patent: *Merck Frosst Canada v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 193, 227 N.R. 299, 80 C.P.R. (3d) 368, at paragraph 30.

[7] The mechanics of the PM(NOC) Regulations may be summarized as follows. A drug manufacturer that files or has filed a new drug submission for a patented medicine, or to whom a notice of compliance has been issued for a patented medicine, may submit a patent list in respect of the drug pursuant to section 4 of the PM(NOC) Regulations. It thus becomes the "first person" in relation to the listed patents.

[8] The Minister may not issue a notice of compliance for a drug that is comparable in specified respects to another drug that has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person, and in respect of which a patent list has been submitted, unless the provision of section 5 of the PM(NOC) Regulations are met. The requisite comparability includes, for example, bioequivalence. A drug manufacturer (referred to as a "second person") proposing to market a drug that is bioequivalent or otherwise comparable to another drug must, in its new drug submission, include one of a number of allegations that, if true, will establish that the new drug will not be authorized for marketing in Canada until there is no further risk of infringement of the listed

... En règle générale, les recours judiciaires suffisent pour régler les cas de contrefaçon. Toutefois, avec l'adoption du projet de loi C-91 [L.C. 1993, ch. 2] le gouvernement fait une exception dans ce domaine en permettant aux fabricants de médicaments génériques d'entreprendre les démarches nécessaires pour obtenir l'approbation réglementaire d'un produit. Par conséquent, le titulaire d'un brevet perd un droit dont il aurait pu se prévaloir pour empêcher ses concurrents de faire approuver leurs produits.

Le présent Règlement est nécessaire si on veut éviter que cette nouvelle exception en matière de contrefaçon soit mal utilisée par les fabricants de produits génériques désireux de vendre leurs produits au Canada pendant que le brevet original est encore valide. En vertu du Règlement, ces fabricants peuvent toutefois entreprendre les démarches nécessaires pour obtenir l'approbation réglementaire et ainsi commercialiser leurs produits dès que les brevets pertinents arrivent à expiration.

Faisant écho à cette citation, la Cour suprême du Canada a déclaré que le Règlement sur les MBAC vise à empêcher la contrefaçon en retardant la délivrance des avis de conformité à l'égard des médicaments génériques jusqu'à ce qu'aucune contrefaçon de brevet ne puisse en résulter: *Merck Frosst Canada c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 193, 227 N.R. 299, 80 C.P.R. (3d) 368, au paragraphe 30.

[7] Le régime établi par le Règlement sur les MB (ADC) peut être résumé de la façon suivante. Le fabricant de drogues qui dépose ou a déposé une présentation de drogue nouvelle relative à un médicament breveté, ou qui a obtenu un avis de conformité pour un médicament breveté, peut soumettre une liste de brevets à l'égard de la drogue en vertu de l'article 4 du Règlement sur les MB(ADC). Il devient ainsi la «première personne» relativement aux brevets énumérés dans la liste.

[8] Le ministre ne peut délivrer d'avis de conformité pour une drogue qui est comparable à certains égards déterminés à une autre drogue qui a été commercialisée au Canada conformément à un avis de conformité délivré à une première personne, et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise, à moins qu'il soit satisfait aux conditions prévues à l'article 5 du Règlement sur les MB(ADC). La comparabilité requise comprend, par exemple, la bioéquivalence. Le fabricant de drogues (appelé la «seconde personne») qui se propose de commercialiser une drogue qui est bioéquivalente ou qui est comparable à d'autres égards à une autre drogue doit, dans sa présentation de drogue nouvelle, inclure l'une d'un certain nombre d'allégations qui, si elle est vraie,

patents. The second person must also provide a detailed statement of the legal and factual basis for the allegation and must serve the notice of allegation on the first person.

[9] If the first person takes the position that the allegations in the notice of allegation are not justified, the first person may commence an application under subsection 6(1) of the PM(NOC) Regulations for an order prohibiting the Minister of Health from issuing a notice of compliance to the second person until the patent referred to in the notice of allegation has expired. The first person then has the burden of establishing that the allegations in the notice of allegation are not justified.

[10] If the first person provides the Minister of Health with a notice of the commencement of subsection 6(1) proceedings, the Minister is precluded from issuing a notice of compliance to the second person for a certain period of time. The period of this statutory stay runs for 24 months unless terminated earlier by the expiry of the patent, by a declaration by the court that the patent is not valid or that a non-infringement allegation is justified, or by the withdrawal, discontinuance or dismissal of the prohibition proceedings. The period may also be shortened or lengthened by the court in certain circumstances. In *Merck Frosst, supra*, the statutory stay was characterized as “draconian” because it permits a first person to delay the entry of generic competitors into the market without having to establish even a *prima facie* case of infringement.

[11] If prohibition proceedings are not successful, the second person may claim damages against the first person to compensate for the delay in the issuance of the notice of compliance.

[12] One of the issues raised in this case is the scope of the Minister’s authority to determine what is added to the patent list, or what is permitted to remain there. Subsection 3(1) of the PM(NOC) Regulations originally read as follows:

établira que la nouvelle drogue ne peut être autorisée en vue de la commercialisation au Canada jusqu’à ce qu’il n’y ait plus de risque de contrefaçon des brevets figurant dans la liste. La seconde personne doit également fournir un énoncé détaillé du droit et des faits sur lesquels se fonde l’allégation et signifier l’avis d’allégation à la première personne.

[9] Si la première personne adopte la position que les allégations contenues dans l’avis d’allégation ne sont pas fondées, elle peut demander au tribunal, en vertu du paragraphe 6(1) du Règlement sur les MB(ADC), une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à la seconde personne avant l’expiration du brevet visé dans l’avis d’allégation. La première personne a la charge d’établir que les allégations formulées dans l’avis d’allégation ne sont pas fondées.

[10] Si la première personne fournit au ministre de la Santé un avis d’introduction de la procédure prévue au paragraphe 6(1), le ministre ne peut délivrer d’avis de conformité pendant un certain délai. Le délai du sursis prévu par la loi est de 24 mois, à moins qu’il ne prenne fin plus tôt du fait de l’expiration du brevet, d’une déclaration par le tribunal que le brevet est invalide ou qu’une allégation de non-contrefaçon est fondée, ou du retrait ou du rejet de la procédure d’interdiction ou d’un désistement de celle-ci. Le délai peut également être abrégé ou prolongé par le tribunal dans certaines circonstances. Dans la décision *Merck Frosst*, précitée, le délai légal a été qualifié de «draconien» parce qu’il permet à la première personne de retarder l’entrée sur le marché des fabricants de génériques concurrents sans qu’elle ait à établir, même sur la base d’une preuve *prima facie*, la contrefaçon.

[11] Si la procédure d’interdiction échoue, la seconde personne peut demander à la première personne des dommages-intérêts pour l’indemniser du retard dans la délivrance de l’avis de conformité.

[12] L’une des questions soulevées dans la présente affaire est la portée du pouvoir du ministre de décider ce qui est ajouté à la liste de brevets, ou ce qui peut y rester. Le paragraphe 3(1) du Règlement sur les MB(ADC) avait à l’origine la rédaction suivante:

3. (1) On the 30th day after the coming into force of these Regulations, the Minister shall open and thereafter maintain a register of any information submitted pursuant to section 4.

[13] In my view, this provision implicitly gave the Minister the authority to ensure that all patents on the patent list conformed to the PM(NOC) Regulations, and to refuse to list, or to remove, any patent that does not conform. If there was ever any doubt about the scope of the Minister's authority in that regard, it was removed by the enactment of the *Regulations Amending the Patented Medicines (Notice of Compliance Regulations)*, SOR/98-166 (the 1998 amendments). The 1998 amendments, among other things, replaced former subsection 3(1) of the Regulations. Subsection 3(1) now reads as follows:

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.

[14] The 1998 amendments came into effect on March 11, 1998 (section 10, SOR/98-166, subject to certain transitional rules in section 9 that have no application in this case).

[15] The 1998 amendments also made some changes to section 4 which narrowed the scope of information that is eligible for inclusion on the patent register. Counsel for Eli Lilly argued that the eligibility of any patent lists it submitted prior to the 1998 amendments should not be assessed under the narrower rules. I do not agree. In my view, the 1998 amendments entitle the Minister to delete from the patent register any information that does not meet the requirements of the PM(NOC) Regulations, as they are established from time to time by the Governor in Council. Thus, a patent that qualified for inclusion on a patent list in 1993, but does not qualify under the 1998 amendments, may be removed at any time after March 11, 1998.

[16] I see no merit in the submission of counsel for Eli Lilly that this offends any right or presumptive right on

3. (1) Le 30^e jour suivant la date d'entrée en vigueur du présent règlement, le ministre ouvre un registre de tout renseignement soumis aux termes de l'article 4 et le tient à jour.

[13] À mon avis, cette disposition conférerait implicitement au ministre le pouvoir de veiller à ce que tous les brevets figurant dans la liste de brevets soient conformes au Règlement sur les MB(ADC), et de refuser d'inscrire, ou de supprimer, tout brevet qui n'est pas conforme. S'il y a jamais eu un doute au sujet de la portée du pouvoir du ministre à cet égard, il a été dissipé par le *Règlement modifiant le règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/98-166 (les modifications de 1998). Les modifications de 1998 ont notamment remplacé le paragraphe 3(1) du Règlement, qui a maintenant la rédaction suivante:

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.

[14] Les modifications de 1998 sont entrées en vigueur le 11 mars 1998 (article 10, DORS/98-166, sous réserve de certaines règles transitoires prévues à l'article 9 et qui sont sans application en l'espace).

[15] Les modifications de 1998 ont également apporté certains changements à l'article 4 qui ont restreint l'étendue des renseignements qui peuvent être inscrits dans le registre des brevets. L'avocat d'Eli Lilly a plaidé que l'admissibilité de toutes les listes de brevets qu'elle avait soumises avant les modifications de 1998 ne devait pas s'apprécier selon les règles plus strictes. Je ne puis souscrire à cette position. À mon sens, les modifications de 1998 confèrent au ministre le pouvoir d'éliminer du registre des brevets tous les renseignements qui ne sont pas conformes aux exigences du Règlement sur les MB(ADC), telles qu'elles peuvent être établies à un moment ou à l'autre par le gouverneur en conseil. Donc, un brevet qui pouvait être inscrit dans une liste de brevets en 1993, mais ne peut plus l'être selon les modifications de 1998, peut être supprimé n'importe quand après le 11 mars 1998.

[16] Je juge mal fondée l'observation de l'avocat d'Eli Lilly que cela porte atteinte au droit ou au droit

the part of Eli Lilly not to be subject to retroactive legislation. The 1998 amendments are not retroactive. The 1998 amendments speak only from March 11, 1998. The fact that they properly may apply to cause the removal from the patent list of a patent that was accepted for listing in 1993 does not make the 1998 amendments retroactive. Thus, the next question is whether the '969 patent was eligible for inclusion on the patent register under the PM(NOC) Regulations as amended in 1998.

[17] The relevant parts of the PM(NOC) Regulations read as follows after the 1998 amendments:

2. In these Regulations,

“claim for the medicine itself” includes a claim in the patent for the medicine itself when prepared or produced by the methods or process of manufacture particularly described and claimed or by their obvious chemical equivalents

...

“medicine” means a substance intended or capable of being used for the diagnosis, treatment, mitigation or prevention of a disease, disorder or abnormal physical state, or the symptoms thereof;

...

3. . . .

(3) No information submitted pursuant to section 4 shall be included on the register until after the issuance of the notice of compliance in respect of which the information was submitted.

...

4. (1) A person who files or has filed a submission for, or has been issued, a notice of compliance in respect of a drug that contains a medicine may submit to the Minister a patent list certified in accordance with subsection (7) in respect of the drug.

(2) A patent list submitted in respect of a drug must

présomptif d’Eli Lilly de ne pas être assujettie à une législation rétroactive. Les modifications de 1998 ne sont pas rétroactives. Les modifications de 1998 ne s’appliquent qu’à compter du 11 mars 1998. Qu’elles puissent correctement s’appliquer de manière à faire supprimer de la liste de brevets un brevet qui a été accepté dans la liste en 1993, cela ne rend pas les modifications de 1998 rétroactives. Donc, la question suivante porte sur le point de savoir si le brevet '969 pouvait être inscrit dans le registre des brevets selon le Règlement sur les MB(ADC) tel qu’il a été modifié en 1998.

[17] Les dispositions pertinentes du Règlement sur les MB(ADC) sont ainsi rédigées après les modifications de 1998:

2. Les définitions qui suivent s’appliquent au présent règlement

«revendication pour le médicament en soi» S’entend notamment d’une revendication, dans le brevet, pour le médicament en soi préparé ou produit selon les modes du procédé de fabrication décrits en détail et revendiqués ou selon leurs équivalents chimiques manifestes.

[. . .]

«médicament» Substance destinée à servir ou pouvant servir au diagnostic, au traitement, à l’atténuation ou à la prévention d’une maladie, d’un désordre, d’un état physique anormal, ou de leurs symptômes.

[. . .]

3. . . .

(3) Aucun renseignement soumis aux termes de l’article 4 n’est consigné au registre avant la délivrance de l’avis de conformité à l’égard duquel il a été soumis.

[. . .]

4. (1) La personne qui dépose ou a déposé une demande d’avis de conformité pour une drogue contenant un médicament ou qui a obtenu un tel avis peut soumettre au ministre une liste de brevets à l’égard de la drogue, accompagnée de l’attestation visée au paragraphe (7).

(2) La liste de brevets au sujet de la drogue doit contenir les renseignements suivants:

(a) indicate the dosage form, strength and route of administration of the drug;

(b) set out any Canadian patent that is owned by the person, or in respect of which the person has an exclusive licence or has obtained the consent of the owner of the patent for the inclusion of the patent on the patent list, that contains a claim for the medicine itself or a claim for the use of the medicine and that the person wishes to have included on the register;

...

(7) A person who submits a patent list or an amendment to an existing patent list under subsection (1) or (4) must certify that

(a) the information submitted is accurate; and

(b) the patents set out on the patent list . . . are eligible for inclusion on the register and are relevant to the dosage form, strength and route of administration of the drug in respect of which the submission for a notice of compliance has been filed.

[18] For the purposes of the PM(NOC) Regulations, the word "drug" must bear the same meaning as in the *Food and Drug Regulations*. The definition is found in section 2 [as am. by S.C. 1993, c. 34, s. 71] of the *Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27:

2. In this Act

...

"drug" includes any substance or mixture of substances manufactured, sold or represented for use in

(a) the diagnosis, treatment, mitigation or prevention of a disease, disorder or abnormal physical state, or its symptoms, in human beings or animals,

[19] I will begin with what seems to me to be the interpretation of these provisions based on their ordinary and grammatical meaning. The Minister, in exercising the authority under subsection 3(1), must consider whether the patent list meets the requirements of subsections 3(3), 4(1), 4(2) and 4(7) of the PM(NOC) Regulations.

a) la forme posologique, la concentration et la voie d'administration de la drogue;

b) tout brevet canadien dont la personne est propriétaire ou à l'égard duquel elle détient une licence exclusive ou a obtenu le consentement du propriétaire pour l'inclure dans la liste, qui comporte une revendication pour le médicament en soi ou une revendication pour l'utilisation du médicament, et qu'elle souhaite voir inscrit au registre;

[. . .]

(7) La personne qui soumet une liste de brevets ou une modification apportée à une liste de brevets aux termes des paragraphes (1) ou (4) doit remettre une attestation portant que:

a) les renseignements fournis sont exacts;

b) les brevets mentionnés dans la liste [. . .] sont admissibles à l'inscription au registre et sont pertinents quant à la forme posologique, la concentration et la voie d'administration de la drogue visée par la demande d'avis de conformité.

[18] Dans le Règlement sur les MB(ADC), le terme «drogue» doit avoir le même sens que dans le *Règlement sur les aliments et drogues*. La définition est donnée à l'article 2 [mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 71] de la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27:

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

[. . .]

«drogue» Sont compris parmi les drogues les substances ou mélanges de substances fabriqués, vendus ou présentés comme pouvant servir:

a) au diagnostic, au traitement, à l'atténuation ou à la prévention d'une maladie, d'un désordre, d'un état physique anormal ou de leurs symptômes, chez l'être humain ou les animaux;

[19] Je commencerai par ce qui me paraît être l'interprétation de ces dispositions en fonction de leur sens ordinaire et grammatical. Le ministre, dans l'exercice du pouvoir prévu au paragraphe 3(1), doit examiner si la liste de brevets est conforme aux exigences des paragraphes 3(3), 4(1), 4(2) et 4(7) du Règlement sur les MB(ADC).

[20] The Minister's task is facilitated by the form of the patent list. A separate patent list is submitted for each drug product. The form requires the following information about the drug: the name of the medicine in the drug, the brand name, the drug identification number set out on the notice of compliance, the intended use (human or veterinary), the route of administration, the pharmaceutical dosage form, and the dosage. There follows a section in which the patents sought to be included on the patent register are listed by patent number, date of grant and expiration date. Each patent is marked by a code indicating the status of the applicant as owner, exclusive licensee, or person with the consent of the owner. The remainder of the form identifies the person submitting the patent list and gives an address for service. The form also includes the required certification.

[21] Subsection 3(3) is intended to ensure that the Minister does not give effect to a patent list submitted in relation to a particular drug product until a notice of compliance has been issued for that product. In this case it is common ground that the requirements of subsection 3(3) are met.

[22] Subsection 4(1) tells the Minister who is entitled to file a patent list. That entitlement is given to a person who files or has filed a new drug submission to obtain a notice of compliance in respect of a "drug that contains a medicine", or a person who has been issued a notice of compliance in respect of a "drug that contains a medicine".

[23] In the context of this case, it is common ground that Tazidime is a drug containing ceftazidime, and that Tazidime is a drug in respect of which Eli Lilly has been issued a notice of compliance. There was some dispute in the court below as to whether ceftazidime is a medicine.

[24] The evidence is that ceftazidime is an antibiotic. Amorphous lactose has no medicinal qualities but prevents ceftazidime from degrading to toxicity. A

[20] L'examen du ministre est facilité par le formulaire de la liste de brevets. Une liste de brevets distincte est soumise pour chaque produit pharmaceutique. Le formulaire exige les renseignements suivants au sujet de la drogue: le nom du médicament contenu dans la drogue, la marque, le numéro d'identification de drogue indiqué dans l'avis de conformité, l'usage prévu (humain ou vétérinaire), la voie d'administration, la forme posologique et la concentration. Vient ensuite une section dans laquelle sont énumérés les brevets dont l'inscription au registre des brevets est demandée, avec indication pour chacun du numéro de brevet, de la date de délivrance et de la date d'expiration. Pour chaque brevet, un code indique la situation du demandeur à son égard: propriétaire, titulaire de licence exclusive ou personne ayant obtenu le consentement du propriétaire du brevet. Le reste du formulaire indique le nom de la personne soumettant la liste de brevets et fournit une adresse aux fins de signification. Le formulaire comprend également l'attestation exigée.

[21] Le paragraphe 3(3) vise à éviter que le ministre ne donne suite à une liste de brevets soumise à l'égard d'un produit pharmaceutique particulier avant qu'un avis de conformité n'ait été délivré à l'égard du produit. En l'espèce, les parties conviennent qu'il est satisfait aux exigences du paragraphe 3(3).

[22] Le paragraphe 4(1) indique au ministre qui a le droit de déposer une liste de brevets. Ce droit est accordé à la personne qui dépose ou a déposé une présentation de drogue nouvelle en vue d'obtenir un avis de conformité à l'égard d'une «drogue contenant un médicament» ou à la personne qui a obtenu un tel avis.

[23] Dans le contexte de l'espèce, les parties conviennent que Tazidime est une drogue contenant de la ceftazidime, et que Tazidime est une drogue à l'égard de laquelle Eli Lilly a obtenu un avis de conformité. On a débattu en première instance le point de savoir si la ceftazidime est un médicament.

[24] Selon la preuve, la ceftazidime est un antibiotique. Le lactose amorphe ne possède pas de propriétés médicinales, mais empêche la ceftazidime de

formulation of ceftazidime and amorphous lactose that is the subject of one of the claims of the '969 patent would be considered to be a "medicine" as that term is defined in section 2 of the PM(NOC) Regulations: *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 62 C.P.R. (3d) 58 (F.C.T.D.); affirmed (1996), 67 C.P.R. (3d) 25 (F.C.A.). However, it seems to me that ceftazidime alone also meets the definition of "medicine".

[25] The Judge reasoned that, because ceftazidime by itself is toxic, it is not intended to be used for the treatment of a disease or disorder, and is not capable of being so used. I must respectfully disagree with that conclusion. An antibiotic does not cease to be an antibiotic merely because it cannot function safely in the human body until it is combined with a substance that prevents it from degrading to toxicity. It would follow that for the purposes of the PM(NOC) Regulations, ceftazidime is a medicine whether or not it is formulated with amorphous lactose.

[26] It would also follow, paraphrasing the words of subsection 4(1), that because Eli Lilly has been issued a notice of compliance in respect of a drug, Tazidime, that contains a medicine, ceftazidime, Eli Lilly is permitted to submit a patent list in respect of the drug Tazidime. However, subsection 4(1) does not specify what patents Eli Lilly is entitled to include on the patent list. That question is determined on the basis of paragraphs 4(2)(b) and 4(7)(b).

[27] Pursuant to paragraph 4(2)(b), the patent list submitted in respect of Tazidime may include any patent that contains "a claim for the medicine itself". The word "medicine" in paragraph 4(2)(b) must have the same meaning in that provision as it does in subsection 4(1). If that is so, then in the case of a patent list submitted for Tazidime, any patent that contains a claim for ceftazidime itself, or that contains a claim for a formulation in which ceftazidime is the active medicinal ingredient, is within the scope of paragraph 4(2)(b).

devenir toxique en se dégradant. Une formulation de ceftazidime et de lactose amorphe qui fait l'objet de l'une des revendications du brevet '969 serait considérée comme un «médicament» au sens où ce terme est défini à l'article 2 du Règlement sur les MB(ADC): *Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 62 C.P.R. (3d) 58 (C.F. 1^{re} inst.); confirmée par (1996), 67 C.P.R. (3d) 25 (C.A.F.). Toutefois, il me semble que la ceftazidime seule correspond également à la définition du «médicament».

[25] Le juge a fait le raisonnement que la ceftazidime, puisqu'elle est toxique en soi, n'est pas destinée à servir et ne peut servir au traitement d'une maladie ou d'un désordre. Je ne puis souscrire à cette conclusion. Un antibiotique ne cesse pas d'être un antibiotique simplement parce qu'il ne peut être utilisé dans l'organisme sans effet nuisible tant qu'il n'est pas combiné avec une substance qui l'empêche de devenir toxique en se dégradant. Il s'ensuivrait que, pour l'application du Règlement sur les MB(ADC), la ceftazidime est un médicament, qu'elle soit formulée ou non avec le lactose amorphe.

[26] Il s'ensuivrait également que, pour paraphraser le paragraphe 4(1), Eli Lilly qui a obtenu un avis de conformité pour une drogue, Tazidime, qui contient un médicament, la ceftazidime, peut soumettre une liste de brevets à l'égard de la drogue Tazidime. Toutefois, le paragraphe 4(1) n'indique pas quels brevets Eli Lilly a le droit d'inclure dans la liste de brevets. Cette question se décide sur le fondement des alinéas 4(2)(b) et 4(7)(b).

[27] Selon l'alinéa 4(2)(b), la liste de brevets soumise à l'égard de Tazidime peut comprendre tout brevet qui comporte «une revendication pour le médicament en soi». Le terme «médicament» à l'alinéa 4(2)(b) doit avoir la même signification qu'au paragraphe 4(1). S'il en est ainsi, dans le cas d'une liste de brevets soumise à l'égard de Tazidime, tout brevet qui comporte une revendication pour la ceftazidime en soi, ou une revendication pour une formulation dans laquelle la ceftazidime est l'ingrédient médicinal actif, correspond aux paramètres définis à l'alinéa 4(2)(b).

[28] I need not analyse the requirements of paragraph 4(7)(b) in any detail. I understand that counsel for the Minister has not taken the position that the '969 patent is not "relevant to the dosage form, strength and route of administration" of Tazidime.

[29] Based on the foregoing ordinary and grammatical reading of the PM(NOC) Regulations, the '969 patent should be eligible for inclusion on the patent lists for Tazidime. That is the interpretation that should be adopted unless the words of the PM(NOC) Regulations can reasonably bear a different meaning that would accord better with the purpose of the PM(NOC) Regulations.

[30] Counsel for the Minister argued that the PM(NOC) Regulations require a relationship, which he referred to as "relevance", between the drug named in the notice of compliance and the patent sought to be included in the patent register. He submitted that the requisite relationship does not exist if the invention disclosed in the patent is not somehow included or embodied in the drug. In this case, for example, it is undisputed that Tazidime makes no use of the invention disclosed in the '969 patent. It is in this sense that counsel for the Minister argues that the '969 patent is not "relevant" to the notice of compliance for Tazidime.

[31] That argument was accepted in *Warner-Lambert Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2001), 12 C.P.R. (4th) 129 (F.C.T.D.). The facts of that case are not distinguishable from the facts of this case. The conclusions of the Judge in that case are summarized in paragraphs 17 to 19 of his reasons:

To me, the language of s.-ss. 4(1), (2) and (7) of the Regulations is clear: for a patent set out on a patent list to be eligible for inclusion on the register, it must be relevant to a drug for which a submission for a notice of compliance has been filed. This requirement obviously contributes to ensuring a "product-specific" patent list, which is an objective clearly stated in the Regulatory Impact Analysis Statement accompanying the amendments to section 4 of the Regulations in 1998:

Patentees are required to certify that the patents submitted on the list for a drug are relevant to that particular version

[28] Je n'ai pas besoin d'analyser les exigences de l'alinéa 4(7)b) de façon détaillée. Je crois comprendre que l'avocat du ministre n'a pas pris la position que le brevet '969 n'est pas «pertinent quant à la forme posologique, la concentration et la voie d'administration» de Tazidime.

[29] Sur le fondement de l'interprétation qui précède selon le sens ordinaire et grammatical du Règlement sur les MB(ADC), le brevet '969 devrait pouvoir être inclus dans les listes de brevets pour Tazidime. C'est l'interprétation qu'il y a lieu d'adopter à moins qu'on puisse raisonnablement prêter au texte du Règlement sur les MB(ADC) une signification différente qui s'accorderait mieux avec l'objet du Règlement.

[30] L'avocat du ministre a plaidé que le Règlement sur les MB(ADC) exige une relation, qu'il a appelée la «pertinence», entre la drogue indiquée dans l'avis de conformité et le brevet que l'on veut inscrire dans le registre des brevets. Il a soutenu que cette relation fait défaut si l'invention divulguée dans le brevet n'est pas de quelque façon incluse ou appliquée dans la drogue. En l'espèce, par exemple, il n'est pas contesté que Tazidime n'utilise aucunement l'invention divulguée dans le brevet '969. C'est dans ce sens que l'avocat du ministre fait valoir que le brevet '969 n'est pas «pertinent» par rapport à l'avis de conformité pour Tazidime.

[31] Cet argument a été accepté dans la décision *Warner-Lambert Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (2001), 12 C.P.R. (4th) 129 (C.F. 1^{re} inst.). On ne peut établir de distinction entre les faits de cette affaire et les faits de l'espèce. Les conclusions du juge dans cette affaire sont résumées aux paragraphes 17 à 19 de ses motifs:

Selon moi, les paragraphes 4(1), (2) et (7) du Règlement sont clairs: pour qu'un brevet compris dans une liste de brevets soit admissible à l'inclusion dans le registre, il doit s'appliquer à un médicament pour lequel une demande d'avis de conformité a été déposée. Cette exigence contribue d'une manière évidente à s'assurer qu'une liste de brevets est «spécifique d'un produit», qui est un objectif clairement décrit dans le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation accompagnant les modifications apportées à l'article 4 du Règlement en 1998:

Les titulaires de brevets doivent certifier que les brevets répertoriés sur la liste correspondant à un médicament se

of the drug. This will ensure that patents that do not apply to the particular version of the drug will not impede the generic's market entry.

In the case at bar, the evidence shows that the '023 and '024 patents contain claims for pharmaceutical compositions which are considered, within the meaning of the Regulations, drugs that contain claims for a medicine (see *Hoffman-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 62 C.P.R. (3d) 58 (F.C.T.D.); affirmed (1995), 67 C.P.R. (3d) 25 (F.C.A.); application for leave to appeal to Supreme Court of Canada denied [1996] S.C.C.A. No. 65 (S.C.C.) (QL), 68 C.P.R. (3d)).

However, the evidence also shows that the specific drugs covered by the '023 and '024 patents have never been the subject of a drug submission (NOC) under the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., 1978, c. 870, as amended. Further, the evidence shows that the ACCUPRIL and ACCURETIC drug products for which drug submissions have been filed and approved by the Minister do not contain an ascorbic acid containing stabilizer, ascorbic acid or sodium ascorbate, which are the stabilizers found in the pharmaceutical compositions covered by the '023 and '024 patents. As such, the later patents are not relevant to the drug products for which a submission for a notice of compliance has been filed. As a result, they do not meet the eligibility requirements contained in s.-ss. 4(1), (2) and (7) of the Regulations. Consequently, it was correct for the Minister to conclude that the '023 and '024 patents were ineligible for inclusion on the register.

[32] A review of the 1998 Regulatory Impact Analysis Statement as a whole indicates that the passage cited in *Warner-Lambert* refers specifically to paragraph 4(7)(b) of the PM(NOC) Regulations. From that I infer that the "relevance" mentioned in the quoted passage from the 1998 Regulatory Impact Analysis Statement relates to the new requirement for a certification of relevance as to dosage form, strength and route of administration. If that is so, then the desired "product specific patent list" will be achieved by ensuring compliance with paragraph 4(7)(b). I am not persuaded that the quoted passage has the broader significance for which the Minister has argued.

[33] More importantly, however, a Regulatory Impact Analysis Statement can do no more than explain in very general terms the objective of the Regulations to which they relate. The question, it seems to me, is whether there

rappellent au médicament en question, afin d'éviter que des brevets visant d'autres versions du médicament empêchent de commercialiser la version générique.

Dans la présente affaire, la preuve montre que les brevets '023 et '024 renferment des revendications relatives à des formulations pharmaceutiques qui sont considérées, au sens du Règlement, comme des médicaments faisant état d'un ingrédient médicamenteux (voir *Hoffman-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 62 C.P.R. (3d) 58 (C.F.S.P.I.); confirmé (1995), 67 C.P.R. (3d) 25 (C.A.F.); requête en autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada rejetée [1996] C.S.C.R. n° 65 (C.S.C.) (QL), 68 C.P.R. (3d)).

Toutefois, la preuve montre également que les médicaments spécifiques visés par les brevets '023 et '024 n'ont jamais fait l'objet d'une demande d'avis de conformité en vertu du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., 1978, ch. 870, et ses modifications. De plus, la preuve montre que les produits médicamenteux ACCUPRIL et ACCURETIC, pour lesquels des présentations de drogue ont été soumises et approuvées par le ministre, ne contiennent ni stabilisant à l'acide ascorbique, ni acide ascorbique ou ascorbate de sodium, qui sont les stabilisants contenus dans les formulations visées par les brevets '023 et '024. Par conséquent, ces brevets ne correspondent pas aux produits médicamenteux pour lesquels le fabricant a soumis une demande d'avis de conformité. En conséquence, ils ne sont pas conformes aux exigences d'admissibilité décrites aux paragraphes 4(1), (2) et (7) du Règlement. Le Ministre était donc fondé de refuser d'ajouter les brevets '023 et '024 au registre.

[32] De l'examen du Résumé de l'étude d'impact de la réglementation de 1998 dans son ensemble, il ressort que l'extrait cité dans la décision *Warner-Lambert* renvoie spécifiquement à l'alinéa 4(7)b) du Règlement sur les MB(ADC). J'en déduis que la «pertinence» dont fait mention cet extrait se rapporte à la nouvelle exigence d'une attestation de la pertinence quant à la forme posologique, la concentration et la voie d'administration. Si c'est le cas, on obtiendra la liste de brevets «spécifique d'un produit» que l'on recherche en respectant la conformité à l'alinéa 4(7)b). Je ne suis pas persuadée que l'extrait cité ait la portée plus large plaidée par le ministre.

[33] Toutefois, il y a un autre point plus important: un résumé de l'étude d'impact de la réglementation se limite à expliquer en termes très généraux l'objectif du règlement auquel il se rapporte. La question, me semble-

are words in the PM(NOC) Regulations that can fairly be read as imposing the “relevance” test propounded by the Minister. The Minister relies on the words of section 4, specifically the words underlined below:

4. (1) A person who files or has filed a submission for, or has been issued, a notice of compliance in respect of a drug that contains a medicine may submit to the Minister a patent list certified in accordance with subsection (7) in respect of the drug.

...

(7) A person who submits a patent list . . . must certify that

...

(b) the patents set out on the patent list . . . are eligible for inclusion on the register and are relevant to the dosage form, strength and route of administration of the drug in respect of which the submission for a notice of compliance has been filed. [Underlining added.]

[34] I am unable to read those words as the Minister argues they should be read. Subsection 4(1) addresses the question of who may submit a patent list, not the permitted contents of the patent list. Similarly, the emphasized words in paragraph 4(7)(b) do not describe any relationship between the drug named in the notice of compliance and the patents that may be included on the patent list. Rather, “the drug in respect of which the submission for a notice of compliance has been filed” is, simply, Tazidime.

[35] According to Eli Lilly, the Minister’s interpretation would tend to defeat the objectives of the PM(NOC) Regulations. It is theoretically possible that a generic drug manufacturer could produce a drug consisting of a formulation of ceftazidime and amorphous lactose that is bioequivalent to Tazidime (even though it would not be exactly the same as Tazidime because Tazidime does not contain amorphous lactose). Such a product could infringe the ‘969 patent. If the ‘969 patent is not permitted to stay on the patent lists for Tazidime, Eli Lilly will be deprived of its right to apply to stop the issuance of a notice of compliance for the new drug until after the expiry of the ‘969 patent.

t-il, est de savoir si l’on trouve dans le Règlement sur les MB(ADC) des formulations que l’on peut interpréter raisonnablement comme imposant le critère de la «pertinence» proposé par le ministre. Le ministre s’appuie sur la formulation de l’article 4, plus précisément sur les termes soulignés ci-dessous:

4. (1) La personne qui dépose ou a déposé une demande d’avis de conformité pour une drogue contenant un médicament ou qui a obtenu un tel avis peut soumettre au ministre une liste de brevets à l’égard de la drogue, accompagnée de l’attestation visée au paragraphe (7).

[. . .]

(7) La personne qui soumet une liste de brevets . . . doit remettre une attestation portant que:

[. . .]

b) les brevets mentionnés dans la liste ou dans la modification sont admissibles à l’inscription au registre et sont pertinents quant à la forme posologique, la concentration et la voie d’administration de la drogue visée par la demande d’avis de conformité. [Soulignement ajouté.]

[34] Je n’arrive pas à interpréter ces formulations de la manière préconisée dans l’argumentation du ministre. Le paragraphe 4(1) détermine les personnes qui peuvent présenter une liste de brevets, non ce que peut contenir une liste de brevets. De même, les mots soulignés de l’alinéa 4(7)b) ne décrivent pas une relation entre la drogue désignée dans l’avis de conformité et les brevets qui peuvent être inclus dans la liste de brevets. Plutôt «la drogue visée par la demande d’avis de conformité» est simplement Tazidime.

[35] D’après Eli Lilly, l’interprétation du ministre irait à l’encontre des objectifs du Règlement sur les MB(ADC). Il est théoriquement possible qu’un fabricant de drogues génériques produise une drogue consistant en une formulation de ceftazidime et de lactose amorphe qui soit bioéquivalente à Tazidime (même si elle n’était pas exactement identique à Tazidime parce que Tazidime ne contient pas de lactose amorphe). Un tel produit pourrait contrefaire le brevet ‘969. Si l’on ne permet pas que le brevet ‘969 reste dans les listes de brevets pour Tazidime, Eli Lilly sera privée de son droit de demander au tribunal d’interdire la délivrance de l’avis de conformité pour la nouvelle drogue jusqu’à l’expiration

If that happens, the PM(NOC) Regulations will not have been permitted to operate as intended. I note that a similar argument was accepted in *Apotex Inc. v. Canada (Minister of Health)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 271 (F.C.T.D.), but only in *obiter dicta*, in the context of the PM(NOC) Regulations before the 1998 amendments.

[36] On balance, it seems to me that the interpretation propounded by Eli Lilly should be favoured over the interpretation propounded by the Minister, for two reasons. First, it is more consistent with the words of the PM(NOC) Regulations. Second, it has at least the potential of preventing infringement of the '969 patent, while the Minister's interpretation cannot possibly have that result.

[37] For these reasons, I would allow the appeal with costs here and in the Trial Division, set aside the decision of the Judge, quash the decision of the Minister to remove the '969 patent from the patent register, and direct the Minister to reinstate the '969 patent to the patent register for all Tazidime products that are the subject of this proceeding.

MALONE J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[38] ISAAC J.A. (dissenting): I have had the privilege of reading, in draft, the reasons for judgment which my colleague, Sharlow J.A., has circulated in this appeal. Unfortunately, I am unable to agree with her proposed disposition of the appeal and with some of the reasons she has given to support it. For the reasons that follow I would dismiss the appeal with costs.

[39] I am in complete agreement with my colleague when she states in paragraphs 15 and 16 of her reasons:

In my view, the 1998 amendments entitle the Minister to delete from the patent register any information that does not meet the

du brevet '969. Si cela se produisait, on se trouverait à avoir empêché le Règlement sur les MB(ADC) de s'appliquer de la manière prévue. Je note qu'un argument semblable a été accepté dans la décision *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 271 (C.F. 1^{re} inst.), mais seulement dans une remarque incidente, dans le contexte de la version du Règlement sur les MB(ADC) antérieure aux modifications de 1998.

[36] En somme, il me semble que l'interprétation proposée par Eli Lilly devrait être préférée à celle qui est proposée par le ministre, pour deux raisons. D'abord, elle est plus conforme à la formulation du Règlement sur les MB(ADC). Ensuite, elle offre au moins la possibilité de prévenir la contrefaçon du brevet '969, alors que l'interprétation du ministre ne peut avoir ce résultat.

[37] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel avec dépens en appel et en première instance, j'infirmerais la décision du juge, j'annulerais la décision du ministre de radier le brevet '969 du registre des brevets et j'enjoindrais au ministre de rétablir le brevet '969 dans le registre des brevets pour tous les produits Tazidime qui font l'objet de la présente procédure.

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

* * *

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

[38] LE JUGE ISAAC, J.C.A.: (dissident): J'ai eu l'avantage de lire, sous forme de projet, les motifs que ma collègue, M^{me} le juge Sharlow, a rédigés dans le présent appel. Malheureusement, je ne puis souscrire à la façon dont elle propose de trancher l'appel et à certains des motifs qu'elle a donnés au soutien de cette décision. Pour les motifs exposés ci-dessous, je rejetterais l'appel avec dépens.

[39] Je suis en accord complet avec ma collègue lorsqu'elle indique aux paragraphes 15 et 16 de ses motifs:

À mon sens, les modifications de 1998 confèrent au ministre le pouvoir d'éliminer du registre des brevets tous les

requirements of the PM(NOC) Regulations, as they are established from time to time by the Governor in Council. Thus, a patent that qualified for inclusion on a patent list in 1993, but does not qualify under the 1998 amendments, may be removed at any time after March 11, 1998.

I see no merit in the submission of counsel for Eli Lilly that this offends any right or presumptive right on the part of Eli Lilly not to be subject to retroactive legislation. The 1998 amendments are not retroactive. The 1998 amendments speak only from March 11, 1998. The fact that they properly may apply to cause the removal from the patent list of a patent that was accepted for listing in 1993 does not make the 1998 amendments retroactive.

[40] On the issue of standard of review I am of the opinion that the test applicable in a case such as this, where the relief sought is in the nature of *certiorari* and *mandamus*, is that which was laid down by the Supreme Court of Canada in *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394 where La Forest J., in delivering the unanimous judgment of the Court, stated at paragraph 20 that:

. . . the test for appellate review of the exercise of judicial discretion is whether the judge at first instance has given sufficient weight to all relevant considerations. . . .

See also: *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, at pages 154-55; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pages 76-77.

[41] As I understand these proceedings, the appellant appealed from the order of a Motions Judge in the Trial Division on its application for judicial review in respect of a decision of the Minister of Health. The relief which the appellant sought were orders quashing the decision of the Minister removing the '969 patent from the patent register and directing the Minister to reinstate the '969 patent on the patent register. Both orders that the appellant sought were discretionary. In my opinion, the learned Motions Judge canvassed the evidence and applied the law correctly. I, therefore, see no reason to interfere with her decision to dismiss the application

renseignements qui ne sont pas conformes aux exigences du Règlement sur les MB(ADC), telles qu'elles peuvent être établies à un moment ou à l'autre par le gouverneur en conseil. Donc, un brevet qui pouvait être inscrit dans une liste de brevets en 1993, mais ne peut plus l'être selon les modifications de 1998, peut être supprimé n'importe quand après le 11 mars 1998.

Je juge mal fondée l'observation de l'avocat d'Eli Lilly que cela porte atteinte au droit ou au droit présomptif d'Eli Lilly de ne pas être assujettie à une législation rétroactive. Les modifications de 1998 ne sont pas rétroactives. Les modifications de 1998 ne s'appliquent qu'à compter du 11 mars 1998. Qu'elles puissent correctement s'appliquer de manière à faire supprimer de la liste de brevets un brevet qui a été accepté dans la liste en 1993, cela ne rend pas les modifications de 1998 rétroactives.

[40] Sur la question de la norme de contrôle, je suis d'avis que la norme applicable dans une affaire comme la présente, où la réparation demandée est de la nature du *certiorari* et du *mandamus*, est celle qui a été définie par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394, où le juge La Forest, prononçant le jugement unanime de la Cour, a indiqué au paragraphe 20:

[...] le critère en matière de contrôle par une cour d'appel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge est de savoir si le juge a accordé suffisamment d'importance à toutes les considérations pertinentes [...]

Voir également les arrêts *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, aux pages 154 et 155; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, aux pages 76 et 77.

[41] Selon la façon dont je comprends la présente procédure, l'appelante a interjeté appel d'une ordonnance du juge des requêtes dans la Section de première instance portant sur sa demande de contrôle judiciaire relative à une décision du ministre de la Santé. La réparation demandée par l'appelante consistait en des ordonnances annulant la décision du ministre radiant le brevet '969 du registre des brevets et enjoignant au ministre de rétablir le brevet '969 dans le registre des brevets. Les deux ordonnances que l'appelante demandait étaient discrétionnaires. À mon avis, le juge des requêtes a apprécié la preuve et appliqué le droit

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.

[42] In paragraph 21 of her reasons, my colleague states that the requirements of subsection 3(3) of the 1998, *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (PM(NOC) Regulations), have been met. Respectfully, I am unable to accept that conclusion. For ease of reference I reproduce here the text of subsection 3(3):

3. . . .

(3) No information submitted pursuant to section 4 shall be included on the register until after the issuance of the notice of compliance in respect of which the information was submitted.

[43] A key requirement of subsection 3(3) is that no information respecting the submission of a patent list in respect of a drug should be included in the register until after a notice of compliance for that drug has issued.

[44] Accordingly, it is necessary for me to name the drug in respect of which the patent list information was provided, and for which the notice of compliance was issued.

[45] Denise Maher, Acting Director of Regulatory Affairs for the appellant, deposed in paragraphs 2 and 3 of the affidavit which she filed in support of the appellant's judicial review application as follows:

2. In August 1990, Lilly Canada received a Notice of Compliance for 1g, 2g/vial powder for solution for IV or IM administration for TAZIDIME ADD-VANTAGE ceftazidime. In April 1992 Lilly Canada received a Notice of Compliance for 500mg, 1g and 6g/vial powder for solution for IV or IM administration in relation to TAZIDIME ceftazidime. Attached as Exhibit "A" is a copy of the Notices of Compliance issued to Lilly Canada for TAZIDIME and TAZIDIME ADD-VANTAGE.
3. On or about April 8, 1993, and with the permission of Eli Lilly and Company, Lilly Canada submitted Form IV Patent Lists listing Canadian Letters Patent 1,249,969 (the

correctement. Je ne vois donc pas de motif d'infirmar sa décision de rejeter la demande présentée sur le fondement de 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.

[42] Au paragraphe 21 de ses motifs, ma collègue indique qu'il a été satisfait aux exigences du paragraphe 3(3) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* de 1998, DORS/93-133 (*Règlement sur les MB(ADC)*). Avec égards, je ne puis accepter cette conclusion. Par souci de commodité, je reproduis ici le texte du paragraphe 3(3):

3. [. . .]

(3) Aucun renseignement soumis aux termes de l'article 4 n'est consigné au registre avant la délivrance de l'avis de conformité à l'égard duquel il a été soumis.

[43] Une exigence clé du paragraphe 3(3) veut qu'aucun renseignement concernant la soumission d'une liste de brevets portant sur une drogue ne soit consigné dans le registre avant la délivrance de l'avis de conformité à l'égard de cette drogue.

[44] Il est donc nécessaire pour moi de désigner la drogue à l'égard de laquelle la liste de brevets a été fournie et à l'égard de laquelle l'avis de conformité a été délivré.

[45] Denise Maher, directrice intérimaire des Affaires réglementaires chez l'appelante, a déclaré, aux paragraphes 2 et 3 de l'affidavit qu'elle a déposé au soutien de la demande de contrôle judiciaire de l'appelante, ce qui suit:

[TRADUCTION]

2. En août 1990, Lilly Canada a reçu un avis de conformité pour la ceftazidime TAZIDIME ADD-VANTAGE en ampoules de 1 g et de 2 g de poudre soluble à administrer par voie i.v. ou i.m. En avril 1992, Lilly Canada a reçu un avis de conformité pour la ceftazidime TAZIDIME en ampoules de 500 mg, 1 g et 6 g de poudre soluble à administrer par voie i.v. ou i.m. Une copie des avis de conformité délivrés à Lilly Canada pour TAZIDIME et TAZIDIME ADD-VANTAGE est jointe à l'annexe A.
3. Le 8 avril 1993 ou vers cette date, et avec la permission d'Eli Lilly and Company, Lilly Canada a soumis des listes de brevets sur le formulaire IV indiquant le brevet

“’969 Patent”) in relation to TAZIDIME and TAZIDIME ADD-VANTAGE in accordance with the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* in force in 1993. Shortly thereafter the ’969 Patent was included by the Minister of Health on the Patent Register for 500mg, 1g and 6g/vial powder for solution for IV or IM administration in relation to TAZIDIME ceftazidime and 1g, 2g/vial powder for solution for IV or IM administration for TAZIDIME ADD-VANTAGE ceftazidime. Attached as Exhibit “B” is a copy of a letter dated April 8, 1993 attaching the relevant Form IV patent lists to the Minister for TAZIDIME and TAZIDIME ADD-VANTAGE.

[46] Furthermore, in paragraph 4 she deposed as follows:

4. Attached as Exhibit “C” is a copy of the relevant portion of the patent register from January 16, 1996 indicating that the ’969 Patent was included by the Minister of Health on the Patent Register for 500mg, 1g and 6g/vial powder for solution for IV and IM administration in relation to TAZIDIME ceftazidime and 1g, 2g/vial powder for solution for IV or IM administration for TAZIDIME ADD-VANTAGE ceftazidime.

[47] It should be noticed, though, that the submissions and notices of compliance to which Ms. Maher refers were made and issued under the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, and the *Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27, as they stood in 1990 and 1992 respectively.

[48] Ms. Anne Bowes, Patent Officer—Science in the Submission and Information Policy Division, Bureau of Policy and Coordination, Therapeutic Products Programme, Health Products and Food Branch, Department of Health, filed an affidavit in support of the respondent’s position. In paragraphs 16 to 23 she described the circumstances under which submissions were made, notices of compliance issued, and patent lists added to the patent register. In paragraph 18, she described the circumstances surrounding the creation of the patent register as follows:

canadien 1,249,969 (le brevet ’969) relativement à TAZIDIME et à TAZIDIME ADD-VANTAGE conformément au *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* dans la version en vigueur en 1993. Peu après, le brevet ’969 a été consigné au registre des brevets par le ministre de la Santé pour la ceftazidime TAZIDIME en ampoules de 500 mg, 1 g et 6 g de poudre soluble à administrer par voie i.v. ou i.m. et pour la ceftazidime TAZIDIME ADD-VANTAGE en ampoules de 1 g et de 2 g de poudre soluble à administrer par voie i.v. ou i.m. Une copie de la lettre au ministre datée du 8 avril 1993, à laquelle sont annexées les listes de brevets pertinentes pour TAZIDIME et TAZIDIME ADD-VANTAGE sur le formulaire IV, est jointe à l’annexe B.

[46] De plus, au paragraphe 4, elle a déposé ce qui suit:

[TRADUCTION]

4. Une copie de la partie pertinente du registre des brevets datée du 16 janvier 1996, indiquant que le brevet ’969 avait été consigné au registre des brevets par le ministre de la Santé pour la ceftazidime TAZIDIME en ampoules de 500 mg, 1 g et 6 g de poudre soluble à administrer par voie i.v. ou i.m. et pour la ceftazidime TAZIDIME ADD-VANTAGE en ampoules de 1 g et de 2 g de poudre soluble à administrer par voie i.v. ou i.m. est jointe à l’annexe C.

[47] On notera pourtant que les présentations et avis de conformité que mentionne M^{me} Maher ont été faites et délivrées en vertu du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, et de la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27, dans leur version de 1990 et 1992 respectivement.

[48] M^{me} Anne Bowes, officier de brevets-Science, de la Division des politiques sur les présentations et renseignements, Bureau de la politique et de la coordination, Programme des produits thérapeutiques, Direction générale des produits de santé et des aliments, ministère de la Santé, a déposé un affidavit au soutien de la position du défendeur. Aux paragraphes 16 à 23, elle a décrit les circonstances dans lesquelles les présentations ont été faites, les avis de conformité délivrés et les listes de brevets ajoutées au registre des brevets. Au paragraphe 18, elle a décrit les circonstances entourant la création du registre des brevets de la façon suivante:

18. The patent lists submitted by Eli Lilly Canada were added to the Patent Register when the *PM(NOC) Regulations* first came into force in 1993. At the time of coming into force, the Minister was given thirty (30) days in which to establish the Patent Register. Hundreds of patent lists were received by the Minister within those thirty (30) days. No determinations of eligibility were made. It was expected that the Patent Register would be maintained on a clerical basis. The original Patent Register was therefore comprised of whichever patent lists were submitted by manufacturers.

[49] In paragraph 34, Ms. Bowes clarified that the drugs referred to by Ms. Maher do not use the formulation claimed in the '969 patent:

However, it is important to note that she is not speaking of a drug which includes the composition covered in the '969 patent. That composition has not been approved by Health Canada and cannot presently be marketed.

[50] I have read the cross-examination on the affidavit of Ms. Bowes and I find nothing in it that contradicts the statements she made at paragraphs 41 and 42 of her affidavit where she stated that the decision to remove the '969 patent from the patent register was based on the requirements of section 4 of the *PM(NOC) Regulations* and that the '969 patent is ineligible for listing on the patent register in respect of Tazidime and Tazidime Add-Vantage.

[51] I, therefore, conclude, contrary to what my colleague has asserted, that the requirements of subsection 3(3) have not been met.

[52] I disagree respectfully with the conclusion, stated in paragraph 25 of the reasons of my colleague, that for the purposes of the *PM(NOC) Regulations* ceftazidime is a medicine whether or not it is formulated with amorphous lactose. I also disagree with the conclusion she reached in paragraph 26 that because the appellant has been issued a notice of compliance in respect of Tazidime, that contains a ceftazidime, it is permitted to submit a patent list in respect of the drug Tazidime.

[53] In reaching those conclusions my colleague appears to be responding to the following paragraphs in

[TRANSDUCTION]

18. Les listes de brevets soumises par Eli Lilly Canada ont été ajoutées au registre des brevets lorsque le *Règlement MB(ADC)* est entré en vigueur en 1993. À l'époque de l'entrée en vigueur, le ministre disposait d'un délai de trente (30) jours pour établir le registre des brevets. Des centaines de listes de brevets ont été reçues par le ministre au cours de ces trente (30) jours. Aucune décision n'a été prise au sujet de l'admissibilité. Il était prévu que le registre des brevets serait tenu par des employés de bureau. Le registre des brevets initial se composait donc de toutes les listes de brevets que les fabricants avaient soumises.

[49] Au paragraphe 34, M^{me} Bowes a précisé que les médicaments mentionnés par M^{me} Maher n'utilisent pas la formulation revendiquée dans le brevet '969:

[TRANSDUCTION] Toutefois, il est important de noter qu'elle ne parle pas d'un médicament qui comprend la composition visée par le brevet '969. Cette composition n'a pas été approuvée par Santé Canada et ne peut être commercialisée à l'heure actuelle.

[50] J'ai lu le contre-interrogatoire sur l'affidavit de M^{me} Bowes et je n'y trouve rien qui contredise les déclarations qu'elle a faites aux paragraphes 41 et 42 de son affidavit, où elle a indiqué que la décision de radier le brevet '969 du registre des brevets était fondée sur les exigences de l'article 4 du *Règlement sur les MB(ADC)* et que le brevet '969 n'est pas admissible à être inscrit au registre relativement à Tazidime et à Tazidime Add-Vantage.

[51] Je conclus donc, contrairement à ce qu'a affirmé ma collègue, qu'il n'a pas été satisfait aux exigences du paragraphe 3(3).

[52] Avec égards, je ne puis souscrire à la conclusion, exposée au paragraphe 25 des motifs de ma collègue, que, pour l'application du *Règlement sur les MB(ADC)*, la ceftazidime est un médicament, qu'elle soit formulée ou non avec le lactose amorphe. Je ne puis non plus souscrire à la conclusion qu'elle formule au paragraphe 26, que du fait que l'appelante a obtenu un avis de conformité à l'égard de Tazidime, laquelle contient de la ceftazidime, il lui est permis de soumettre une liste de brevets à l'égard de la drogue Tazidime.

[53] En formulant ces conclusions, ma collègue semble répondre aux paragraphes suivants des motifs du

the reasons for judgment of the Motions Judge [at paragraphs 31-32]:

The applicant argues that the amorphous lactose is a non-medicinal or inactive ingredient. As such, its deletion from the formulation of the drug should not affect the eligibility of the '969 patent for inclusion on the register. Given the polymerization problem, however, it seems clear that without the amorphous lactose, the ceftazidime would not meet the definition of a medicine. The adverse effects of the ceftazidime absent the amorphous lactose would make it impossible for it to be considered "a substance intended or capable of being used for the diagnosis, treatment, mitigation or prevention of a disease, disorder or abnormal physical state, or the symptoms thereof" as defined in section 2 of the *NOC Regulations*. Furthermore, the '969 patent does not contain a claim to the "medicine" ceftazidime. It contains only a claim to ceftazidime when combined with amorphous lactose and a pharmaceutically acceptable base.

Therefore, I am not persuaded by the applicant's argument that it is sufficient for inclusion of the '969 patent on the Patent Register that TAZIDIME and TAZIDIME ADD-VANTAGE contain ceftazidime, even though they are formulated without the amorphous lactose. Section 2 of the Regulations provides that a patent making a "claim for the medicine itself" includes: "the claim in the patent for the medicine itself when prepared or produced by the methods or processes of manufacture particularly described or by their obvious chemical equivalents". In my opinion, therefore, TAZIDIME and TAZIDIME ADD-VANTAGE do not contain "the medicine itself" as described in the '969 patent. TAZIDIME and TAZIDIME ADD-VANTAGE are manufactured by what one can only surmise is a different process or formulation, detailed in a confidential New Drug Submission filed with the Minister. No Notice of Compliance has issued for the claim in the '969 patent: ceftazidime, amorphous lactose, and a pharmaceutically acceptable base. [My emphasis.]

[54] In order to understand the differing opinions between my colleague and the Motions Judge on this issue, it is necessary to consider first the definition of "medicine" in section 2 of the PM(NOC) Regulations and the definition of a "drug" as given in section 2 of the *Food and Drugs Act*. For ease of reference I reproduce these provisions.

jugement du juge des requêtes [aux paragraphes 31 et 32]:

La demanderesse soutient que le lactose amorphe est un ingrédient non médicinal ou inactif. En soi, la suppression du lactose amorphe de la formulation du médicament ne devrait pas avoir d'incidence sur l'admissibilité du brevet '969 à l'inscription sur le registre. Toutefois, vu le problème de polymérisation, il semble clair que sans lactose amorphe, la ceftazidime ne répondrait pas à la définition de médicament. À cause des effets nocifs de la ceftazidime sans lactose amorphe, il serait impossible de considérer celle-ci comme une «substance destinée à servir ou pouvant servir au diagnostic, au traitement, à l'atténuation ou à la prévention d'une maladie, d'un désordre, d'un état physique anormal, ou de leurs symptômes» au sens de l'article 2 du Règlement sur les ADC. Qui plus est, le brevet '969 ne contient pas de revendication visant le «médicament» ceftazidime. Il ne contient qu'une revendication portant sur la ceftazidime lorsqu'elle est associée avec du lactose amorphe et une base pharmaceutiquement acceptable.

En conséquence, je ne peux souscrire à l'argument de la demanderesse selon lequel le fait que TAZIDIME et TAZIDIME ADD-VANTAGE contiennent de la ceftazidime justifie l'inscription du brevet '969 au registre, même si leur formulation ne contient pas de lactose amorphe. L'article 2 du Règlement dispose qu'un brevet comportant «une revendication pour le médicament en soi» s'entend «notamment d'une revendication, dans le brevet, pour le médicament en soi préparé ou produit selon les modes du procédé de fabrication décrits en détail et revendiqués ou selon leurs équivalents chimiques manifestes.» Je suis donc d'avis que TAZIDIME et TAZIDIME ADD-VANTAGE ne contiennent pas «le médicament en soi» décrit au brevet '969. On ne peut que supposer que TAZIDIME et TAZIDIME ADD-VANTAGE sont fabriqués grâce à une formulation ou à un procédé différent, dont les détails se trouvent dans le document confidentiel intitulé *Présentation de nouvelle drogue déposé auprès du ministre*. Aucun avis de conformité n'a été délivré à l'égard de la revendication contenue au brevet '969: ceftazidime, lactose amorphe et une base pharmaceutiquement acceptable. [Non souligné dans l'original.]

[54] Pour comprendre la divergence d'opinion entre ma collègue et le juge des requêtes sur ce point, il faut d'abord considérer la définition des termes «médicament» à l'article 2 du Règlement sur les MB(ADC) et «drogue» à l'article 2 de la *Loi sur les aliments et drogues*. Par souci de commodité, je reproduis ces dispositions.

PM(NOC) Regulations

2. In these Regulations,

“claim for the medicine itself” includes a claim in the patent for the medicine itself when prepared or produced by the methods or processes of manufacture particularly described and claimed or by their obvious chemical equivalents;

...

“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;

...

“medicine” means a substance intended or capable of being used for the diagnosis, treatment, mitigation or prevention of a disease, disorder or abnormal physical state, or the symptoms thereof;

Food and Drugs Act

2. In this Act,

...

“drug” includes any substance or mixture of substances manufactured, sold or represented for use in

(a) the diagnosis, treatment, mitigation or prevention of a disease, disorder or abnormal physical state, or its symptoms, in human beings or animals,

(b) restoring, correcting or modifying organic functions in human beings or animals, or

(c) disinfection in premises in which food is manufactured, prepared or kept;

[55] It is also necessary to review some of the evidence which witnesses gave in support of the respective positions of the parties.

[56] The affidavit of Dr. David D. Wirth, filed in support of the appellant’s judicial review application, is instructive as to whether or not ceftazidime, by itself, is

Règlement sur les MB(ADC)

2. Les définitions qui suivent s’appliquent au présent règlement.

[. . .]

«médicament» Substance destinée à servir ou pouvant servir au diagnostic, au traitement, à l’atténuation ou à la prévention d’une maladie, d’un désordre, d’un état physique anormal, ou de leurs symptômes.

[. . .]

«revendication pour le médicament en soi» S’entend notamment d’une revendication, dans le brevet, pour le médicament en soi préparé ou produit selon les modes du procédé de fabrication décrits en détail et revendiqués ou selon leurs équivalents chimiques manifestes.

[. . .]

«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.

Loi sur les aliments et drogues

2. Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

[. . .]

«drogue» Sont compris parmi les drogues les substances ou mélanges de substances fabriqués, vendus ou présentés comme pouvant servir :

a) au diagnostic, au traitement, à l’atténuation ou à la prévention d’une maladie, d’un désordre, d’un état physique anormal ou de leurs symptômes, chez l’être humain ou les animaux;

b) à la restauration, à la correction ou à la modification des fonctions organiques chez l’être humain ou les animaux;

c) à la désinfection des locaux où des aliments sont gardés.

[55] Il faut également récapituler certains éléments des dépositions que les témoins ont données à l’appui des positions respectives des parties.

[56] L’affidavit du D^r David D. Wirth, déposé au soutien de la demande de contrôle judiciaire de l’appelante, est éclairant sur la question de savoir si la

a medicine as defined in section 2 of the PM(NOC) Regulations. For that reason I will now refer extensively to his evidence. In paragraph 7 of his affidavit, Dr. Wirth deposes that:

Ceftazidime "is the least stable drug substance I have ever worked with. As such, ceftazidime reacts more quickly and at lower temperatures than some other types of antibiotics.

[57] In paragraph 8 he says:

During initial testing with ceftazidime on rabbits, toxicity problems arose. After much consideration, it was discovered that the toxicity was related to the polymerization of ceftazidime or its degradation products.

[58] In paragraph 12 he states, speaking of a paper he wrote on the degradation problem, that:

This paper also demonstrates that the ceftazidime polymer impurity has some biological activity. A drug manufacturer does not want drug impurities to have biological activity since it will produce some biological result apart from the primary active ingredient. To avoid the adverse toxicological problems and to ensure that the polymer impurity does not result in some unwanted physiological effect, it is important to control the polymerization of ceftazidime when preparing ceftazidime for use in humans.

[59] In paragraph 13 he deposes:

In other words, it is necessary to ensure that the polymeric impurities are controlled in commercial formulations of ceftazidime to be used on humans otherwise the product will not be predictable and stable.

[60] In paragraph 14 he says:

The formulations claimed in the '969 Patent overcome the polymerization problem by retarding the degradation of ceftazidime and hence its tendency to form polymers.

[61] And finally in paragraph 15 he deposes, in part, as follows:

A company seeking to sell ceftazidime will have to overcome the polymerization problem. [My emphasis.]

ceftazidime, par elle-même, est un médicament au sens défini à l'article 2 du Règlement sur les MB(ADC). Pour cette raison, je vais maintenant citer longuement son témoignage. Au paragraphe 7 de son affidavit, le D^r Wirth dépose:

[TRADUCTION] La ceftazidime «est la substance médicamenteuse la moins stable avec laquelle j'ai travaillé. La ceftazidime réagit donc plus rapidement et à des températures plus basses que certains autres types d'antibiotiques.

[57] Au paragraphe 8, il dit:

[TRADUCTION] Au cours des essais initiaux avec la ceftazidime sur les lapins, des problèmes de toxicité se sont manifestés. Après une longue période d'examen, on a découvert que la toxicité était liée à la polymérisation de la ceftazidime ou aux produits de sa dégradation.

[58] Au paragraphe 12, il indique, à propos d'une étude qu'il a rédigée sur le problème de la dégradation:

[TRADUCTION] Cette étude démontre aussi que l'impureté des polymères provenant de la ceftazidime a une certaine activité biologique. Un fabricant de drogues ne veut pas que les impuretés aient une activité biologique, parce qu'elle produirait un résultat biologique autre que l'ingrédient actif principal. Pour éviter les problèmes toxicologiques, et pour éviter que l'impureté des polymères n'entraîne un effet physiologique indésirable, il est important de contrôler la polymérisation de la ceftazidime lorsqu'on la prépare en vue de l'utilisation chez l'homme.

[59] Au paragraphe 13, il dépose:

[TRADUCTION] En d'autres termes, il faut veiller à ce que les impuretés polymériques soient contrôlées dans les formulations commerciales de ceftazidime destinées à l'utilisation chez l'homme; autrement, le produit ne sera pas prévisible ni stable.

[60] Au paragraphe 14, il déclare:

[TRADUCTION] Les formulations revendiquées dans le brevet '969 surmontent le problème de polymérisation en retardant la dégradation de la ceftazidime et donc sa tendance à former des polymères.

[61] Et finalement, au paragraphe 15, il dépose notamment ce qui suit:

[TRADUCTION] La société qui veut vendre de la ceftazidime devra surmonter le problème de la polymérisation. [Non souligné dans l'original.]

[62] It is my opinion, based on the affidavit of Dr. Wirth alone, that the Motions Judge was correct to say that ceftazidime, by itself, is not a medicine as that word is defined in section 2 of the PM(NOC) Regulations.

[63] My colleague relies heavily on the analysis of Noël J., as he then was, in *Hoffmann-LaRoche Ltd. v. Canada (Minister of National Health & Welfare)* (1995), 62 C.P.R. (3d) 58 (F.C.T.D.); affirmed by (1996), 67 C.P.R. (3d) 25 (F.C.A.) in reaching her conclusion that ceftazidime, by itself, is a medicine. In my opinion, the Motions Judge was correct to reject the argument advanced by the appellant based on *Hoffmann-LaRoche*, because, in that case, there is no evidence in the reported record that the toxicity problem did exist.

[64] Dr. Wirth does not appear to have been cross-examined on his affidavit. Consequently, the statements of fact which he made in the affidavit remains uncontradicted. From his statement, in paragraph 15 of his affidavit, that:

. . . a company seeking to sell ceftazidime will have to overcome the polymerization problem. . . .

I draw the inference that ceftazidime, by itself, cannot by definition in the PM(NOC) Regulations be a medicine. The reasons for this conclusion are that it is not a substance intended or capable of being used for the diagnosis, treatment, mitigation or prevention of a disease, disorder or abnormal physical state, or the symptoms thereof. In the words of Noël J. in *Hoffmann-LaRoche, supra*, [at paragraph 42] “in common parlance”, ceftazidime, by itself, has no “therapeutic value”.

[65] Equally, it is my view that it is not a drug as defined in section 2 of the *Food and Drugs Act* since it does not meet the requirements enumerated in paragraphs (a) and (b) of the definition.

[66] Furthermore, in my opinion, it is doubtful that ceftazidime, by itself, fits the definition of “claim for the

[62] Je suis d’avis, sur le fondement du seul affidavit du D^r Wirth, que le juge des requêtes avait raison de dire que la ceftazidime, par elle-même, n’est pas un médicament au sens défini à l’article 2 du Règlement sur les MB(ADC).

[63] Ma collègue s’appuie fortement sur l’analyse faite par le juge Noël (tel était alors son titre) dans la décision *Hoffmann-LaRoche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 62 C.P.R. (3d) 58 (C.F. 1^{re} inst.); confirmée par (1996), 67 C.P.R. (3d) 25 (C.A.F.) pour arriver à sa conclusion que la ceftazidime, en soi, est un médicament. À mon avis, c’est à bon droit que le juge des requêtes a rejeté l’argument proposé par l’appelante sur le fondement de la décision *Hoffmann-LaRoche*, parce que, dans cette affaire, il n’y avait pas de preuve dans le dossier qu’il existait un problème de toxicité.

[64] Le D^r Wirth ne semble pas avoir été contre-interrogé sur son affidavit. Par conséquent, les déclarations de fait qu’il a formulées dans son affidavit sont non contredites. De sa déclaration, au paragraphe 15 de son affidavit, que:

[TRADUCTION] [. . .] La société qui veut vendre de la ceftazidime devra surmonter le problème de la polymérisation. [. . .]

je déduis que la ceftazidime, en soi, ne peut selon la définition donnée dans le Règlement sur les MB(ADC) être un médicament. Cette conclusion se fonde sur le fait qu’elle n’est pas une substance destinée à servir ou pouvant servir au diagnostic, au traitement, à l’atténuation ou à la prévention d’une maladie, d’un désordre, d’un état physique anormal ou de leurs symptômes. Pour reprendre les termes du juge Noël dans la décision *Hoffmann-LaRoche* [précité, au paragraphe 42], «dans la langue de tous les jours» la ceftazidime, en soi, est dépourvue de «valeur thérapeutique».

[65] Je suis également d’avis que ce n’est pas une drogue au sens défini à l’article 2 de la *Loi sur les aliments et drogues* puisqu’elle ne satisfait pas aux alinéas a) et b) de la définition.

[66] De plus, à mon sens, il est douteux que la ceftazidime, en soi, convienne à la définition de

medicine itself”, since that phrase is defined as including a “claim in the patent for the medicine itself when prepared or produced by the methods or processes of manufacture particularly described and claimed or by their obvious chemical equivalents”. The method described and claimed in the ‘969 patent is ceftazidime, a pharmaceutically acceptable base and amorphous lactose. In cross-examination on her affidavit, Ms. Maher was asked whether the method used by the appellant in their commercial formulation of ceftazidime is that claimed in the patent. She answered in the negative. The relevant portions of her testimony, found at pages 252 and 266, read as follows:

Q: . . . I am suggesting to you that the only components of those two drugs are ceftazidime and sodium carbonate. Would you agree with that or not agree with that?

A: Yes, I would agree with that.

. . .

Q: You would agree with me that the statement there reads “Tazidime vials contains [*sic*] a mixture of ceftazidime and sodium carbonate.” Correct?

A: That is correct.

Q: And that is a true statement. Correct?

A: Yes.

[67] Dealing with the “relevance” test propounded by the Minister, my colleague makes the following statement about the utility of a Regulatory Impact Analysis Statement, in paragraph 33 of her reasons:

More importantly, however, a Regulatory Impact Analysis Statement can do no more than explain in very general terms the objective of the Regulations to which they relate.

[68] As a consequence, she downplayed the usefulness of the 1998 Regulatory Impact Analysis Statement for discerning the purpose of the PM(NOC) Regulations. In so doing, she appears to have accepted the argument advanced by the appellant that the PM(NOC) Regulations were designed to prevent patent infringement, specifically, in this case, the ‘969 patent.

l’expression «revendication pour le médicament en soi», qui est ainsi conçue: «s’entend notamment d’une revendication, dans le brevet, pour le médicament en soi préparé ou produit selon les modes du procédé de fabrication décrits en détail et revendiqués ou selon leurs équivalents chimiques manifestes». La méthode décrite et revendiquée dans le brevet ‘969 est la ceftazidime, une base pharmaceutiquement acceptable et le lactose amorphe. Au cours du contre-interrogatoire sur son affidavit, on a demandé à M^{me} Maher si la méthode utilisée par l’appelante dans sa formulation commerciale de ceftazidime est la même que la méthode revendiquée dans le brevet. Elle a donné une réponse négative. Les parties pertinentes de son témoignage, aux pages 252 et 266, sont reproduites ci-dessous:

[TRADUCTION] Q: [. . .] Je vous suggère que les seules composantes des ces deux drogues sont la ceftazidime et le carbonate de sodium. Seriez-vous d’accord ou non avec cette proposition?

R: Oui, je serais d’accord avec cette proposition.

[. . .]

Q: Vous seriez d’accord avec moi que l’énoncé est ainsi rédigé: «Les ampoules de Tazidime contiennent un mélange de ceftazidime et de carbonate de sodium.» Exact?

R: C’est exact.

Q: Et c’est un énoncé vrai. Exact?

R: Oui.

[67] Au sujet du critère de la «pertinence» proposé par le ministre, ma collègue formule le commentaire suivant au sujet de l’utilité du Résumé de l’étude d’impact de la réglementation, au paragraphe 33 de ses motifs:

Toutefois, il y a un autre point plus important: un résumé de l’étude d’impact de la réglementation se limite à expliquer à termes très généraux l’objectif du règlement auquel il se rapporte.

[68] Par suite, elle a minimisé l’utilité du Résumé de l’étude d’impact de la réglementation de 1998 pour définir l’objet du Règlement sur les MB(ADC). Sur ce point, elle semble avoir accepté l’argument mis de l’avant par l’appelante que le Règlement sur les MB(ADC) visait à prévenir la contrefaçon de brevets, particulièrement, en l’espèce, le brevet ‘969.

[69] I am in respectful disagreement with that approach on principle and authority. The Regulatory Impact Analysis Statement has been held to indicate the government's purpose and intention in promulgating regulations, including the PM(NOC) Regulations.

[70] In *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, the Supreme Court of Canada considered the Regulatory Impact Analysis Statement accompanying the *Tobacco Products Control Regulations, amendment*, SOR/93-389. Sopinka and Cory JJ., writing for the Court, made the following statement in relation to the Regulatory Impact Analysis Statement. After quoting from the Statement, they continued at page 353:

These are clear indications that the government passed the regulations with the intention of protecting public health and thereby furthering the public good.

[71] Similarly, in *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, at page 139, Major J., writing for the Court, made the following observation with respect to the Regulatory Impact Analysis Statement accompanying the *Income Tax Regulations, amendment*, SOR/89-419:

The 1989 amendment removed from the taxpayer the option of choosing to value inventory at historical cost and left only the more conservative methods of fair market value or the lower of cost or market value. The practical effect of this amendment is that in years following 1989 the taxpayer must declare a loss for taxation purposes in any year in which the fair market value of inventory falls below historical cost. The taxpayer no longer has the option of postponing this loss until the taxation year in which the loss is actually realized upon sale of the inventory. This is made clear in the "Regulatory Impact Analysis Statement" published along with the amended regulation, SOR/89-419:

This change, which is part of the measures announced by the Minister of Finance on January 15, 1987 relating to the application of losses and other deductions, will prevent a corporation from maintaining at cost inventories which have declined in value and thereby deferring the recognition of a loss by postponing the write-down to fair market value until after a change in control.

[69] Avec égards, je ne puis souscrire à cette analyse en principe et sur le fondement de la jurisprudence. Il a été jugé que le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation indique l'objet et l'intention du gouvernement en édictant des règlements, notamment le Règlement sur les MB(ADC).

[70] Dans l'arrêt *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, la Cour suprême du Canada a examiné le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation accompagnant le *Règlement sur les produits du tabac—Modification*, DORS/93-389. Les juges Sopinka et Cory, s'exprimant au nom de la Cour, ont déclaré ce qui suit au sujet du Résumé de l'étude d'impact de la réglementation. Après avoir cité un extrait du Résumé, ils indiquent à la page 353:

Ce qui a été cité indique clairement que le gouvernement a adopté le règlement en cause dans l'intention de protéger la santé publique et donc pour promouvoir le bien public.

[71] De même, dans l'arrêt *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, à la page 139, le juge Major, s'exprimant au nom de la Cour, a formulé l'observation suivante à l'égard du Résumé de l'étude d'impact de la réglementation accompagnant le *Règlement de l'impôt sur le revenu—Modification*, DORS/89-419:

La modification de 1989 a enlevé au contribuable la possibilité de choisir d'évaluer à leur coût d'origine les biens figurant dans un inventaire et n'a conservé que les méthodes plus prudentes de la juste valeur marchande ou du moindre du coût et de la valeur marchande. La conséquence pratique de cette modification est que, depuis 1989, le contribuable est tenu de déclarer une perte aux fins de l'impôt pour toute année au cours de laquelle la juste valeur marchande des biens figurant dans un inventaire devient inférieure au coût d'origine. Le contribuable n'a plus la possibilité de reporter sa perte jusqu'à l'année d'imposition au cours de laquelle la perte est effectivement matérialisée par la vente du bien figurant dans l'inventaire. C'est ce qu'exprime clairement le «Résumé de l'étude d'impact de la réglementation», publié en même temps que la modification du Règlement, DORS/89-419:

Cette modification, qui fait partie des mesures annoncées par le ministre des Finances le 15 janvier 1987 sur l'application des pertes et autres déductions, empêchera les corporations de maintenir à leur coût les biens des inventaires dont la valeur a diminué, et ainsi de différer une perte en reportant l'évaluation des biens à leur juste valeur marchande jusqu'à ce qu'il y ait un changement de contrôle.

[72] In this Court the Regulatory Impact Analysis Statement has been held to evidence the purpose for which regulations were promulgated. In *Bayer Inc. v. Canada (Attorney General)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 293 (F.C.A.), Rothstein J.A., considered the Regulatory Impact Analysis Statement accompanying the *Food and Drug Regulations*. At paragraphs 10-11, he makes the following observation:

The Regulatory Impact Analysis Statement accompanying the amended regulations at issue provides a further indication that the intention of the regulation is that the confidential information filed by the innovator may or may not be examined and relied upon. The statement reads in part:

In the case where the Drugs Directorate intends to rely on the data of the innovator to support safety and efficacy claims, and this would result in a delay in the issuance of the NOC, the Drugs Directorate will notify the second-entry manufacturer in advance of the review. The Drugs Directorate will give the second-entry manufacturer the option of supplying additional information to support the claim without relying on the data previously submitted by the innovator. If the manufacturer wishes to supply the required information directly, in accordance with the policy on management of information, the manufacturer will avoid the application of this provision.

The government's policy appears to be that where the Minister intends to rely on data of the innovator to support the safety and efficacy claims of the generic manufacturer, thereby giving rise to the minimum five-year protection from competition for the innovator, the generic manufacturer will be given the option of supplying additional information in order to avoid the Minister relying on information supplied by the innovator. If the generic manufacturer takes this option and satisfies the Minister, there will be no examination or reliance on the innovator's information and the minimum five-year protection from competition will not apply. The appellant's interpretation would preclude this option to the generic manufacturer.

[73] In paragraphs 34 and 35 of her reasons, as a result of her statement [at paragraph 33] that a:

Regulatory Impact Analysis Statement can do no more than explain in very general terms the objective of the Regulations to which they relate.

[72] Notre Cour a jugé que le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation constituait une preuve de l'objet visé par un règlement. Dans l'arrêt *Bayer Inc. c. Canada (Procureur général)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 293 (C.A.F.), le juge Rothstein a examiné le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation accompagnant le *Règlement sur les aliments et drogues*. Aux paragraphes 10 et 11, il formule l'observation suivante:

Le résumé de l'étude d'impact de la réglementation qui accompagne le règlement modifié dont il est question ici renforce l'idée selon laquelle l'intention qui sous-tend le règlement est que le ministre puisse ou non examiner et utiliser les renseignements confidentiels produits par l'innovateur. Le résumé mentionne entre autres ce qui suit:

Dans le cas où la Direction des médicaments a l'intention de se fonder sur les données de l'innovateur pour appuyer les allégations concernant l'innocuité et l'efficacité du produit et où cela entraînerait un retard dans l'octroi de l'avis de conformité, la Direction des médicaments en informera le fabricant du produit générique avant l'examen. La Direction des médicaments offrira au fabricant du produit générique la possibilité de fournir d'autres données à l'appui des allégations et ne se fondera pas sur les données déjà soumises par l'innovateur. Le fabricant aura le loisir de fournir directement les renseignements demandés, conformément à la politique sur la gestion de l'information; il se soustraira ainsi à l'application de cette disposition.

La politique gouvernementale semble être la suivante: lorsque le ministre entend se fonder sur les données de l'innovateur pour appuyer les allégations d'innocuité et d'efficacité faites par le fabricant de produits génériques, conférant par le fait même à l'innovateur la protection minimale de cinq ans contre la concurrence, le fabricant de produits génériques aura la possibilité de fournir des renseignements complémentaires afin d'éviter que le ministre ne se fonde sur les renseignements fournis par l'innovateur. Si le fabricant de produits génériques fait ce choix et convainc le ministre, celui-ci n'examinera pas ni n'utilisera les renseignements de l'innovateur, et la protection minimale de cinq ans contre la concurrence ne s'appliquera pas. L'interprétation proposée par l'appelante aurait pour effet d'empêcher le fabricant de produits génériques de faire ce choix.

[73] Aux paragraphes 34 et 35 de ses motifs, sur le fondement de son affirmation [au paragraphe 33] que:

[. . .] un résumé de l'étude d'impact de la réglementation se limite à expliquer en termes très généraux l'objectif du règlement auquel il se rapporte.

my colleague has rejected the argument of counsel for the Minister that the PM(NOC) Regulations require a relationship of “relevance” between the drug named in the notice of compliance and the patent included in the register, and, by implication, the reasons of Pinard J., in *Warner-Lambert Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2001), 12 C.P.R. (4th) 129 (F.C.T.D.). In accepting, in paragraphs 34 and 35 of her reasons, that the sole purpose of the PM(NOC) Regulations is to prevent patent infringement, my colleague gives no weight to the following statement, contained in the 1998 Regulatory Impact Analysis Statement [at pages 1057-1058] that accompanied the amended PM(NOC) Regulations, which demonstrates its dual purpose:

The link between the patent status of a drug and approval for a generic version of the drug is being maintained, to provide effective enforcement of patent rights, while at the same time ensuring that generic drugs can enter the market as soon as possible; either as soon as it is determined that they are not covered by a patent, or, where they are covered by a patent, immediately after the expiry of the patent. . . .

The amendments reinforce the balance between providing a mechanism for the effective enforcement of patent rights and ensuring that generic drug products enter the market as soon as possible.

[74] In my respectful opinion, my colleague’s decision ignores the dual purpose of the 1998 regulatory scheme which seeks to balance the right of patentees with the intent of facilitating the entry of generic products into the market. My colleague’s decision also has the effect of extending the right of the appellant under the ‘969 patent.

[75] For all these reasons, as I have indicated earlier, I would dismiss the appeal with costs.

ma collègue a rejeté l’argument de l’avocat du ministre que le Règlement sur les MB(ADC) exige une relation de «pertinence» entre la drogue indiquée dans l’avis de conformité et le brevet inscrit dans le registre, et, implicitement, les motifs du juge Pinard, dans la décision *Warner-Lambert Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (2001), 12 C.P.R. (4th) 129 (C.F. 1^{re} inst.). En acceptant, aux paragraphes 34 et 35 de ses motifs, que le seul objet du Règlement sur les MB(ADC) est de prévenir la contrefaçon de brevets, ma collègue n’accorde pas de poids à la déclaration suivante, contenue dans le Résumé de l’étude d’impact de la Réglementation de 1998 [aux pages 1057 et 1058] qui accompagnait le Règlement sur les MB(ADC) modifié, démontrant son double objet:

Le lien entre le statut du brevet protégeant un médicament et l’approbation d’une version générique de ce médicament est maintenu afin de faire respecter véritablement les droits conférés par les brevets, tout en assurant que les médicaments génériques puissent être commercialisés aussitôt que possible, soit dès qu’il est déterminé qu’ils ne sont couverts par aucun brevet, soit, s’ils sont couverts par un brevet, immédiatement après l’expiration de celui-ci. [. . .]

Les modifications envisagées renforceront l’équilibre entre l’assurance d’un mécanisme qui permet de faire véritablement respecter les droits conférés par les brevets et la garantie que les médicaments génériques soient commercialisés aussitôt que possible.

[74] À mon avis, l’opinion de ma collègue ignore le double objet du régime réglementaire de 1998, qui cherche à définir un équilibre entre les droits des brevetés et l’intention de faciliter l’entrée sur le marché de produits génériques. L’opinion de ma collègue a également l’effet d’étendre le droit de l’appelante au titre du brevet ‘969.

[75] Pour tous ces motifs, comme je l’ai indiqué auparavant, je rejetterais l’appel avec dépens.

IMM-3874-01
2003 FCT 94

IMM-3874-01
2003 CFPI 94

Samuel Kwabena Owusu (*Applicant*)

Samuel Kwabena Owusu (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

INDEXED AS: OWUSU v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP
AND IMMIGRATION) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: OWUSU c. CANADA (MINISTRE DE LA
CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)

Trial Division, Gibson J.—Toronto, January 15; Ottawa,
January 29, 2003.

Section de première instance, juge Gibson—Toronto,
15 janvier; Ottawa, 29 janvier 2003.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Humanitarian and Compassionate Considerations — Immigration officer deciding insufficient humanitarian, compassionate concerns to warrant exempting applicant from requirement visa be applied for before entering Canada — Immigration officer's Decision and Rationale contained only two references to applicant's children, living in Ghana — Such deficiency reviewable error — Duty to give substantial weight to best interests of children whether physically present with parent or not — But application dismissed — As applicant failed to present appropriate evidence, submissions, not appropriate to set aside decision, refer matter back for rehearing, redetermination on basis of record, further evidence, submissions — To do so would mean Court providing applicant remedy to correct own errors — To set aside decision, refer matter back for reconsideration on basis solely of evidence, submission before immigration officer when decision made would be meaningless as any new decision by other officer based on same evidence would inevitably result in rejection of application — Question certified.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Considérations humanitaires — Agente d'immigration statuant qu'il n'y avait pas de raisons d'ordre humanitaire suffisantes pour dispenser le demandeur de l'obligation de demander un visa avant d'entrer au Canada — Le document «Décision et motifs» de l'agente d'immigration ne renfermait que deux mentions des enfants, vivant au Ghana, du demandeur — Cette lacune est une erreur susceptible de révision — Obligation d'accorder un poids considérable à l'intérêt supérieur des enfants, qu'ils soient ou non physiquement présents avec les père ou mère — Demande néanmoins rejetée — Le demandeur n'ayant pas présenté des éléments de preuve et des arguments appropriés, il ne conviendrait pas d'annuler la décision et de renvoyer l'affaire pour nouvelle audition et nouvelle décision sur le fondement de la preuve au dossier et d'autres éléments de preuve et arguments éventuels — En agissant ainsi, la Cour accorderait au demandeur une mesure de redressement pour ses propres erreurs — Il serait dénué de sens d'annuler la décision et de renvoyer l'affaire pour nouvel examen sur le fondement uniquement de la preuve et des arguments dont l'agente d'immigration était saisie lorsqu'elle a rendu sa décision, puisque toute nouvelle décision par un autre agent se fondant sur la même preuve ne pourrait consister qu'en un rejet de la demande — Question certifiée.

Administrative Law — Judicial Review — Remedies — Immigration officer failed to consider "best interests" of applicant's children in deciding insufficient humanitarian, compassionate concerns to warrant exempting applicant from requirement visa be applied for before entering Canada — However, as applicant failed to present appropriate evidence, submissions, not appropriate to set aside decision, refer matter back for rehearing, redetermination on basis of record and further evidence, submissions — To do so would mean Court providing applicant remedy to correct own errors — To set aside decision, refer matter back for reconsideration on basis solely of evidence, submission before immigration officer when

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Mesures de redressement — Une agente d'immigration n'a pas pris en compte l'«intérêt supérieur» des enfants du demandeur lorsqu'elle a statué qu'il n'y ait pas de raisons d'ordre humanitaire suffisantes pour dispenser le demandeur de l'obligation de demander un visa avant d'entrer au Canada — Le demandeur n'ayant toutefois pas présenté des éléments de preuve et des arguments appropriés, il ne conviendrait pas d'annuler la décision et de renvoyer l'affaire pour nouvelle audition et nouvelle décision sur le fondement de la preuve au dossier et d'autres éléments de preuve et arguments éventuels — En agissant ainsi, la Cour accorderait au demandeur une

decision made would be meaningless as any new decision by other officer based on same evidence would inevitably result in rejection of application.

The applicant, a citizen of Ghana, sought refugee status in Canada, leaving his wife and two young children behind. When his claim was rejected, he applied to remain in Canada as a permanent resident on humanitarian and compassionate grounds under subsections 9(1) and 114(2) of the *Immigration Act*. Although he maintained that he had been sending money to Ghana to support his family since 1993, neither an allegation to that effect nor evidence to support it was before the immigration officer. The immigration officer decided that, on the submissions and evidence presented, there were insufficient humanitarian or compassionate concerns to warrant exempting the applicant from the requirement that he apply for and obtain a visa before entering Canada. Apart from a risk opinion report, the applicant heard nothing from the respondent until he received his rejection. The immigration officer's "Decision and Rationale" contained only two references to the applicant's children in Ghana. This was an application for judicial review of that decision.

Held, the application should be dismissed.

The standard of review was reasonableness *simpliciter*, and the onus on such an application lies with the applicant. The applicant was not denied procedural fairness. He had received notice that progress was being made on processing of his application when he was provided an opportunity to comment on the risk opinion report prepared for consideration in conjunction with his application. He could have submitted his accumulating evidence together with appropriate written representations, but did not do so. He had no rational justification for relying on his assumption that he would be granted an interview or be extended an invitation to make further submissions. Faced with a "meaningful opportunity" to provide evidence and submissions which, if provided, would have had to be fully and fairly considered by the immigration officer, and with the onus on him, he simply failed to do so.

The reasons of the Supreme Court of Canada in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, as they relate to "best interests" of children, were not written in terms limited to Canadian-born children or to children in Canada. Nor does the United Nations *Convention on the Rights of the Child* draw any distinction between circumstances where a

mesure de redressement pour ses propres erreurs — Il serait dénué de sens d'annuler la décision et de renvoyer l'affaire pour nouvel examen sur le fondement uniquement de la preuve et des arguments dont l'agente d'immigration était saisie lorsqu'elle a rendu sa décision, puisque toute nouvelle décision par un autre agent se fondant sur la même preuve ne pourrait consister qu'en un rejet de la demande.

Le demandeur, un citoyen du Ghana, a revendiqué le statut de réfugié au Canada, en laissant dans son pays d'origine son épouse et deux jeunes enfants. Sa revendication ayant été rejetée, il a demandé à pouvoir demeurer au Canada comme résident permanent pour des raisons d'ordre humanitaire, en vertu des paragraphes 9(1) et 114(2) de la *Loi sur l'immigration*. Bien que le demandeur ait soutenu avoir envoyé de l'argent à sa famille au Ghana pour subvenir à ses besoins depuis 1993, ni cette allégation ni aucune preuve pour l'étayer n'a été soumise à l'agente d'immigration. Celle-ci a statué que, compte tenu de l'argumentation et de la preuve qui lui avaient été présentées, il n'y avait pas de raisons d'ordre humanitaire suffisantes pour dispenser le demandeur de l'obligation de demander et d'obtenir un visa avant d'entrer au Canada. Mis à part une opinion quant au risque d'un expert, le demandeur n'a eu aucune nouvelle du défendeur jusqu'à ce qu'on l'informe du rejet de sa demande. Le document «Décision et motifs» de l'agente d'immigration ne renfermait que deux mentions des enfants du demandeur au Ghana. Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de cette décision.

Jugement: la demande doit être rejetée.

La norme de contrôle judiciaire applicable était celle de la décision raisonnable *simpliciter*, et le fardeau de preuve incombe au demandeur dans le cadre d'une telle demande. On n'a pas manqué à une obligation d'équité procédurale envers le demandeur. Le demandeur a été informé que le traitement de sa demande progressait lorsqu'on lui a donné l'occasion de commenter le rapport d'opinion quant au risque rédigé en vue d'être examiné avec sa demande. Il aurait pu produire les éléments de preuve qui s'accumulaient ainsi que toute observation écrite jugée pertinente, mais il ne l'a pas fait. Il n'avait aucun motif rationnel de présumer qu'on lui ferait passer une entrevue ou qu'on le convierait à présenter d'autres arguments. Lorsqu'on lui a fourni une «occasion valable» de soumettre des éléments de preuve et arguments, que l'agente d'immigration aurait évalués de façon complète et équitable, et alors que le fardeau lui en incombait, le demandeur a tout simplement omis de le faire.

Les motifs de la Cour suprême du Canada dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* concernant l'«intérêt supérieur» des enfants n'ont pas été rédigés de manière que leur portée se restreigne aux seuls enfants nés ou se trouvant au Canada. La *Convention relative aux droits de l'enfant* des Nations Unies n'établit pas non plus

child is physically present with a parent or is in a distant and separate location from a parent. A positive and humane interpretation of “child within [the State’s] jurisdiction” bring the applicant’s children within Canada’s jurisdiction where their best interests are inevitably impacted by their father’s application. On reviewing the immigration officer’s decision herein, it was appropriate to examine whether he had properly followed *Baker* and given “substantial weight” to the best interest of the applicant’s children. The immigration officer herein was not “alert, alive and sensitive” to the best interests of the applicant’s children in Ghana. Their interests were not “well identified and defined” by the immigration officer. They were not examined at all and no explanation was provided by the immigration officer as to why they were not. But the simple explanation was that the evidence and submissions from the applicant and on his behalf did not themselves identify the best interests of the applicant’s children as a factor to be considered. Had the immigration officer simply identified this reality in her Decision and Rationale, it would have been enough. That the submissions identified that there were children whose best interests were at stake of itself did not transfer an onus to the immigration officer to point out deficiencies in the evidence. On the sole basis of the deficiencies regarding best interests of the applicant’s children in the Decision and Rationale, the immigration officer erred in a reviewable manner in arriving at the decision under review.

However, since the applicant was the author of his own misfortune, and since no responsibility lay with the immigration officer to reach out to the applicant to provoke him into bolstering evidence and submissions, it would not be appropriate to set aside the decision under review, and to refer it back for rehearing and redetermination on the basis of the evidence and submissions in the tribunal record and of further evidence and submissions that the applicant might see fit to provide to the respondent. To do so would be to insert this Court into the role of providing a remedy to the applicant in respect of his own errors, not in respect of a substantive omission or error on the part of the respondent. On the other hand, to set aside the decision under review and to refer the matter back for reconsideration and redetermination on the basis solely of the evidence and submissions that were before the immigration officer when the decision under review was made, would be meaningless because any new decision by another officer based upon the same evidence and submissions would inevitably result in the rejection of the applicant’s application. To refuse to provide relief in the face of reviewable error is truly exceptional and should not be applied broadly, but this was a case that justified denying relief. A question was certified as to whether a trial judge finding

de distinction entre les situations où un enfant se trouve physiquement dans le même lieu que ses père ou mère ou se trouve dans un lieu distinct et éloigné. En interprétant l’expression «enfant relevant de leur [les États] juridiction» dans un esprit positif et avec humanité, les enfants du demandeur relèvent de la juridiction du Canada lorsque, comme en l’espèce, la demande présentée par leur père a inévitablement une incidence sur leur intérêt supérieur. Dans le cadre de l’examen de la décision de l’agente d’immigration, il convenait de se demander si celle-ci avait suivi correctement l’arrêt *Baker* et accordé un «poids considérable» à l’intérêt supérieur des enfants du demandeur. L’agente d’immigration n’a pas en l’espèce été «réceptive, attentive et sensible» à l’intérêt supérieur des enfants du demandeur au Ghana. L’agente d’immigration n’a pas «bien identifié et défini» cet intérêt. Cet intérêt n’a pas été examiné du tout et l’agente d’immigration n’en a nullement expliqué le motif. Il y avait cependant une explication toute simple, soit que la preuve et l’argumentation présentées par le demandeur et pour son compte ne mentionnaient pas elles-mêmes l’intérêt supérieur de ses enfants comme un facteur à considérer. Si l’agente d’immigration avait simplement fait état de cette réalité dans ses décision et motifs, cela aurait suffi. Bien que les arguments présentés aient fait mention d’enfants dont l’intérêt supérieur était en jeu, cela n’avait pas en soi pour effet de transférer vers l’agente d’immigration le fardeau de signaler les carences de la preuve. Sur le seul fondement des lacunes concernant l’intérêt supérieur des enfants dont sont entachés les décisions et motifs, l’agente d’immigration a commis une erreur révisable en arrivant à la décision sous examen.

Toutefois, le demandeur étant l’artisan de son propre malheur et l’agente d’immigration n’ayant pas à aller au-devant du demandeur pour l’encourager à présenter des éléments de preuve et des arguments, il ne conviendrait pas d’annuler la décision sous examen et de renvoyer l’affaire pour nouvelle audition et nouvelle décision sur le fondement de la preuve et des arguments au dossier du tribunal et des autres éléments de preuve et arguments que le demandeur jugerait approprié de transmettre au défendeur. En agissant ainsi, la Cour accorderait au demandeur une mesure de redressement pour ses propres erreurs, et non en raison d’une omission ou erreur fondamentale du défendeur. Par contre, il serait dénué de sens d’annuler la décision sous examen et de renvoyer l’affaire pour nouvel examen et nouvelle décision sur le fondement uniquement de la preuve et des arguments dont l’agente d’immigration était saisie lorsqu’elle a rendu sa décision. En effet, toute nouvelle décision par un autre agent se fondant sur les mêmes éléments de preuve et arguments ne pourrait consister qu’en un rejet de la demande du demandeur. Il doit être exceptionnel et assurément pas de pratique générale de refuser d’accorder réparation alors qu’une erreur révisable a été commise, mais un tel refus se justifiait en l’espèce. Une question a été certifiée quant à savoir si, lorsqu’un juge de

reviewable error in a decision engaging the best interests of children is obligated to set aside the decision under review and to remit the matter for reconsideration and redetermination on the basis, not merely of the record before the decision maker whose decision is set aside, but on the basis of that record and any new evidence and submissions that the applicant might determine to put before the officer conducting the reconsideration and making the redetermination.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Convention on the Rights of the Child, November 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3, arts. 2, 10, 27.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 9(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4), 114(2) (as am. *idem*, s. 102).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Prasad v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 34 Imm. L.R. (2d) 91 (F.C.T.D.); *Patel v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 36 Imm. L.R. (2d) 175 (F.C.T.D.); *Jack v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 192 F.T.R. 132; 7 Imm. L.R. (3d) 35 (F.C.T.D.); *Hawthorne v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 2 F.C. 555 (C.A.) (QL); *Yassine v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1994), 27 Imm. L.R. (2d) 135; 172 N.R. 308 (F.C.A.).

REFERRED TO:

Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 159; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Legault*, [2002] 4 F.C. 358; (2002), 212 D.L.R. (4th) 139; 20 Imm. L.R. (3d) 119; 288 N.R. 174 (C.A.); *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202; (1994), 115 Nfld. & P.E.I.R. 334; 111 D.L.R. (4th) 1; 360 A.P.R. 334; 21 Admin. L.R. (2d) 248; 163 N.R. 27.

APPLICATION for judicial review of an immigration officer's decision that there were insufficient

première instance conclut en l'existence d'une erreur révisable dans une décision qui met en cause l'intérêt supérieur d'enfants, il est tenu d'annuler la décision sous examen et de renvoyer l'affaire pour nouvel examen et nouvelle décision se fondant non seulement sur le dossier dont était saisie la personne de qui la décision est annulée, mais aussi sur toute nouvelle preuve ou argumentation que le demandeur pourrait décider de soumettre à la personne qui procède au nouvel examen et statue de nouveau sur l'affaire.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Convention relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3, art. 2, 10, 27.
Loi sur l'immigration, L.R.C., (1985), ch. I-2, art. 9(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 4), 114(2) (mod., *idem*, art. 102).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Prasad c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 34 Imm. L.R. (2d) 91 (C.F. 1^{re} inst.); *Patel c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 36 Imm. L.R. (2d) 175 (C.F. 1^{re} inst.); *Jack c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 192 F.T.R. 132; 7 Imm. L.R. (3d) 35 (C.F. 1^{re} inst.); *Hawthorne c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 2 C.F. 555 (C.A.) (QL); *Yassine c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 27 Imm. L.R. (2d) 135; 172 N.R. 308 (C.A.F.).

DÉCISIONS CITÉES:

Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2002] 1 R.C.S. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 159; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Legault*, [2002] 4 C.F. 358; (2002), 212 D.L.R. (4th) 139; 20 Imm. L.R. (3d) 119; 288 N.R. 174 (C.A.); *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada—Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202; (1994), 115 Nfld. & P.E.I.R. 334; 111 D.L.R. (4th) 1; 360 A.P.R. 334; 21 Admin. L.R. (2d) 248; 163 N.R. 27.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision d'une agente d'immigration portant qu'il n'y avait pas de

humanitarian or compassionate concerns to warrant exempting the applicant from the requirement that he apply for and obtain a visa before entering Canada. Application dismissed.

APPEARANCES:

Mark Rosenblatt for applicant.
Robert Bafaro for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Mark Rosenblatt, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

GIBSON J.:

INTRODUCTION

[1] These reasons arise out of an application for judicial review of a decision of an immigration officer wherein the immigration officer determined that, on the submissions and evidence before him or her, there were insufficient humanitarian or compassionate concerns to warrant exempting the applicant from the requirement that he apply for and obtain a visa before entering Canada.¹ The decision under review is dated July 24, 2001.

BACKGROUND

[2] The applicant is a citizen of Ghana and a member of the Ashanti tribe. His father, who the applicant indicates was "a leading member of the National Independence Movement, a secessionist Ashanti Movement," died in 1983, allegedly at the hands of the Ghanaian government. The applicant attests that prior to his death, his father was detained and severely beaten by the authorities by reason of his political opinion and his tribal affiliation. While he was still in Ghana, the applicant himself was, he attests, an active member of the Movement for Freedom and Justice.

raisons d'ordre humanitaire suffisantes pour dispenser le demandeur de l'obligation de demander et d'obtenir un visa avant d'entrer au Canada. Demande rejetée.

ONT COMPARU:

Mark Rosenblatt pour le demandeur.
Robert Bafaro pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Mark Rosenblatt, Toronto, pour demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

LE JUGE GIBSON:

INTRODUCTION

[1] Les présents motifs font suite à la demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle une agente d'immigration a statué que, compte tenu de l'argumentation et de la preuve qui lui avaient été présentées, il n'y avait pas de raisons d'ordre humanitaire suffisantes pour dispenser le demandeur de l'obligation de demander et d'obtenir un visa avant d'entrer au Canada¹. La décision sous examen est datée du 24 juillet 2001.

CONTEXTE

[2] Le demandeur est un citoyen du Ghana qui est membre de la tribu Ashanti. Son père, que le demandeur déclare être «[TRADUCTION] un chef de file du Mouvement pour l'indépendance nationale (National Independence Movement), un mouvement sécessionniste ashanti», est mort en 1983, aux mains prétendument du gouvernement ghanéen. Le demandeur affirme qu'avant son décès, son père était détenu par les autorités et avait subi de graves sévices en raison de ses opinions politiques et de l'appartenance à sa tribu. Le demandeur déclare que, pendant qu'il se trouvait au Ghana, il était lui-même un membre actif du Mouvement pour la liberté et la justice (Movement for Freedom and Justice).

[3] In mid-October 1991, the applicant fled Ghana “to escape the political and ethnic violence in [his] home country.” He left behind in Ghana his wife and two young children who were born in January 1986 and April 1988, respectively.

[4] The applicant arrived in Canada, once again in mid-October 1991. He has remained in Canada since his arrival. The applicant made an unsuccessful claim to Convention refugee status.

[5] The applicant has worked hard to integrate himself into the Canadian community. He has been gainfully employed since April 1993. He is active in community work and in his religious congregation. He alleges that each month since he started working in Canada he has been sending money back to Ghana to support his wife and children. Unfortunately, neither that allegation nor evidence to support it was before the immigration officer who made the decision that is under review.

[6] In March 1999, the applicant filed his application to remain in Canada as a permanent resident on humanitarian or compassionate grounds. In covering submissions, the applicant’s counsel wrote:

Should he [the applicant] be forced to return [to] Ghana he will not have any way[s] to support his family financially and he will have to live every day of his life in constant fear.²

Counsel concluded submissions on behalf of the applicant with the following paragraph:

Mr. Owusu wants to live in a country where hard work can get you ahead so that he will have a better chance in life than *sic* he had. He is willing to work long, hard hours to provide for himself and never rely on social assistance. Mr. Owusu has been brought up on strong moral and political beliefs and hopes that through his hard work he can better himself. Unfortunately, the *sic* he was born in a country with serious political and racial strife and so he came to Canada because he feared for his life. For almost many years *sic* he toiled to provide a stable income and all the necessities in life. He has contributed to the economic prosperity of this country and has shown that he has the characteristics and virtues that Canadians value. We respectfully submit that he is an asset to

[3] En mi-octobre 1991, le demandeur s’est enfui du Ghana [TRADUCTION] «pour échapper à la violence politique et interethnique dans son pays d’origine». Il a laissé au Ghana son épouse et deux jeunes enfants, l’un né en janvier 1986 et l’autre en avril 1988.

[4] Le demandeur est ensuite arrivé au Canada, encore une fois à la mi-octobre 1991. Il est demeuré au Canada depuis lors. Le demandeur a revendiqué sans succès le statut de réfugié au sens de la Convention.

[5] Le demandeur a consenti d’importants efforts pour s’intégrer à la société canadienne. Il exerce une activité salariée depuis avril 1993. Il est actif au sein de sa congrégation religieuse et dans le domaine du travail communautaire. Il soutient qu’à chaque mois depuis qu’il a commencé à travailler au Canada il a envoyé de l’argent au Ghana pour subvenir aux besoins de sa femme et de ses enfants. Malheureusement, ni cette allégation ni aucune preuve pour l’étayer n’a été soumise à l’agente d’immigration qui a rendu la décision sous examen.

[6] En mars 1999, le demandeur a présenté une demande en vue de pouvoir demeurer au Canada comme résident permanent pour des raisons d’ordre humanitaire. Dans son argumentation d’accompagnement, l’avocat du demandeur a écrit ce qui suit:

[TRADUCTION] S’il [le demandeur] était forcé de retourner au Ghana, il n’aurait aucun moyen de subvenir aux besoins pécuniaires de sa famille et il vivrait dans un état de peur constante chaque jour de sa vie².

L’avocat a conclu son argumentation en faveur du demandeur par le paragraphe suivant:

[TRADUCTION] M. Owusu désire vivre dans un pays où le travail acharné permet de faire son chemin afin d’avoir de meilleures chances dans la vie qu’il n’en a eues. Il est prêt à travailler fort et sans relâche pour subvenir à ses besoins et ne jamais dépendre de l’aide sociale. On a inculqué à M. Owusu de forts principes moraux et politiques et il espère, grâce à son travail acharné, pouvoir améliorer sa situation. Il est malheureusement né dans un pays affligé d’importants conflits politiques et raciaux, et il est ainsi venu au Canada parce qu’il craignait pour sa vie. Pendant de nombreuses années, il a peiné pour se procurer un revenu stable et les nécessités de l’existence. Il a contribué à la prospérité économique de ce pays et il a démontré qu’il était doté des qualités et vertus

Canada and, as such, we would respectfully request that Mr. Owusu's In Canada Application for Landing be accepted and approved on humanitarian and compassionate grounds.³ [Emphasis added.]

The foregoing quotations from submissions on behalf the applicant are the only passages in those submissions that could conceivably have led the immigration officer to think that the applicant has, since 1993, been supporting his wife and children in Ghana by sending them a portion of his Canadian income from employment. As previously noted, there was no evidence tendered to support such an allegation.

[7] Despite enquiries, the applicant heard nothing from the respondent regarding the status of his application until mid-September 2000 when he received a letter from a post-determination claim officer enclosing a "Risk Opinion" report and inviting comment on that report. Following receipt of that report, the applicant once again heard nothing from the respondent until he received the rejection decision that is here under review. He was neither invited to provide further evidence or submissions or both, nor invited to an interview. In the material before the Court, he attests:

25. I was never interviewed in connection with my H&C application. I was really counting on an interview so that I could discuss my circumstances in person with an Immigration Officer and address any questions that the Immigration Officer had about my case.

26. Attached hereto and marked as Exhibit "I" is some documentary proof of my financial support of my family in Ghana from 1993 to 2001. After my H&C application was submitted, I collected these documents with the intention of providing them and discussing them at an interview. Since I did not receive an interview or even a request for further documentation since my H&C application was filed in March 1999, I did not provide these or other updated documents in support of my case.⁴

The "documentary proof" referred to in quoted paragraph 26 was not before the immigration officer

prises par les Canadiens. En toute déférence, nous estimons que M. Owusu constitue un actif pour le Canada et, à ce titre, nous demandons que sa Demande de droit d'établissement présentée au Canada soit acceptée et approuvée pour des raisons d'ordre humanitaire³. [Non souligné dans l'original.]

Les citations précédentes tirées de l'argumentation présentée au nom du demandeur sont les seuls passages de celle-ci qui, peut-on concevoir, auraient pu conduire l'agente d'immigration à penser que, depuis 1993, le demandeur subvenait aux besoins de sa femme et de ses enfants au Ghana en leur envoyant une partie de ses revenus d'emploi tirés au Canada. Comme on l'a déjà signalé, aucune preuve n'a été produite au soutien d'une telle allégation.

[7] Bien qu'il se soit renseigné, le demandeur n'a eu aucune nouvelle du défendeur sur l'état de sa demande avant la mi-septembre 2000, alors qu'il a reçu une lettre d'un agent de révision des revendications refusées, qui joignait un rapport «d'opinion quant au risque» et sollicitait ses commentaires sur celui-ci. Après avoir reçu ce rapport, le demandeur n'a de nouveau eu aucune nouvelle du défendeur jusqu'à ce qu'il reçoive la décision de refoulement sous examen. On ne l'a convié ni à présenter une nouvelle preuve ou argumentation, ou les deux, ni à prendre part à une entrevue. Il déclare ce qui suit dans un document soumis à la Cour:

[TRADUCTION]

25. On ne m'a jamais fait passer d'entretien relativement à ma demande fondée sur des raisons humanitaires (demande RH). J'attendais beaucoup d'une entrevue, pour pouvoir discuter de ma situation en personne avec un agent d'immigration et répondre à toute question qu'il aurait pu avoir relativement à mon cas.

26. Je crois aux présentes, à titre de pièce I, une preuve documentaire du soutien financier versé à ma famille au Ghana de 1993 à 2001. Après la présentation de ma demande RH, j'ai recueilli ces documents dans l'intention de les remettre à l'entrevue et d'en discuter alors. Puisqu'on ne m'a pas fait passer d'entrevue ni même demandé de fournir des documents additionnels depuis le dépôt de ma demande RH en mars 1999, je n'ai pas fourni ces documents ni d'autres documents mis à jour au soutien de ma cause⁴.

L'agente d'immigration dont la décision fait l'objet du présent examen n'a pas été saisie de la «preuve

whose decision is under review and, apart from very limited circumstances not here present, should therefore not have been before the Court. I nonetheless agreed to have it left on the record solely for the purpose of demonstrating that, at the time the application record in this Court was assembled, it existed.

DECISION UNDER REVIEW

[8] The immigration officer prepared a document entitled “Decision and Rationale” in support of the decision letter dated July 24, 2001. The substance of the “Decision and Rationale” document is reproduced in full in a schedule to these reasons. The “Decision and Rationale” document contains only two (2) references to the applicant’s children in Ghana. The first appears in the last sentence of the third paragraph of the document where the applicant’s two “dependent” children are mentioned in support of a determination that the applicant’s ties with his home country are stronger than those with Canada. The second appears in the penultimate paragraph where the applicant’s “wife and two sons as well as his mother and other family members” are noted to be in Ghana “and there is insufficient evidence to indicate that they are encountering difficulties in Ghana.” The latter reference is problematic in two respects. First, the applicant’s mother who is referenced died in September 1997 and that information was before the immigration officer. Second, there was apparently no evidence before the immigration officer that the applicant had surviving family members in Ghana other than his wife and two sons.

THE ISSUES

[9] The applicant’s memorandum of argument identifies two (2) issues in the following terms: first, was the applicant denied procedural fairness; and second, was the immigration officer’s assessment of the relevant humanitarian and compassionate factors, deficient. In the analysis that follows, I will deal very briefly with the issues of standard of review and onus on an application for relief on humanitarian or compassionate grounds before turning to the issues identified on behalf of the applicant. Following consideration of those issues, I will turn, once again

documentaire» mentionnée au paragraphe 26 de la citation précédente et, sauf dans des circonstances très restreintes qu’on ne retrouve pas en l’espèce, la Cour ne devrait donc pas en être saisie non plus. J’ai néanmoins consenti qu’elle demeure au dossier, simplement pour démontrer qu’elle existait au moment où a été assemblé le dossier de demande pour les fins de notre Cour.

DÉCISION SOUS EXAMEN

[8] L’agente d’immigration a rédigé un document intitulé «*Décision et motifs*» à l’appui de la lettre de décision datée du 24 juillet 2001. Le texte de ce document est reproduit intégralement dans une annexe aux présents motifs. Le document ne renferme que deux mentions des enfants du demandeur au Ghana. La première se trouve à la dernière phrase du troisième paragraphe, où l’on mentionne les deux enfants «*à charge*» du demandeur pour étayer la conclusion selon laquelle les liens du demandeur avec son pays d’origine sont plus étroits que ses liens avec le Canada. La seconde mention se trouve à l’avant-dernier paragraphe, où l’on souligne que «*l’épouse et les deux fils du demandeur ainsi que sa mère et d’autres membres de sa famille sont toujours au Ghana, et qu’il n’y a pas suffisamment d’éléments de preuve pour indiquer qu’ils y éprouvent des difficultés*». Cette dernière mention soulève deux problèmes. Premièrement, la mère du demandeur à laquelle il est fait allusion est décédée en septembre 1997 et l’agente d’immigration était saisie de cette information. Deuxièmement, il semble qu’aucune preuve n’ait été présentée à l’agente d’immigration selon laquelle des membres de la famille du demandeur, autres que son épouse et ses deux fils, se trouvaient toujours au Ghana.

QUESTIONS EN LITIGE

[9] Le mémoire des arguments du demandeur fait état des deux questions en litige qui suivent. Premièrement, y a-t-il eu déni d’équité procédurale à l’endroit du demandeur? Deuxièmement, l’évaluation par l’agente d’immigration des facteurs d’ordre humanitaire était-elle déficiente? Dans l’analyse qui suit, je traiterai brièvement de la norme de contrôle applicable ainsi que du fardeau de preuve dans le cas d’une demande de redressement pour raisons d’ordre humanitaire, avant de me pencher sur les questions soulevées au nom du demandeur. Après examen de ces questions, j’aborderai,

briefly, to the issue of appropriate relief, if any.

ANALYSIS

(a) Standard of Review

[10] It was not in dispute before me that the standard of review of a decision such as that here under review is reasonableness *simpliciter*.⁵ That being said, counsel for the respondent quite properly noted that it is not appropriate on the standard of review of reasonableness *simpliciter* for this Court to engage in a re-weighing of the evidence.⁶

(b) Onus

[11] The onus on an application for humanitarian or compassionate relief lies with the applicant. In *Prasad v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,⁷ in the context of judicial review of a visa officer's decision, Justice Muldoon wrote at paragraph 7:

The onus is on the applicant to satisfy the visa officer fully of all the positive ingredients in the applicant's application. It is not for the visa officer to wait and to offer the applicant a second, or several opportunities to satisfy the visa officer on necessary points which the applicant may have overlooked.

In *Patel v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,⁸ Justice Heald, once again in the context of judicial review of a visa officer's decision, but dealing with the issue of humanitarian or compassionate grounds, wrote at paragraph 10:

The applicant submits that he is entitled to have all relevant evidence considered on a humanitarian and compassionate application. I agree with that submission. However, the onus in this respect lies with the applicant. It is his responsibility to bring to the visa officer's attention any evidence relevant to humanitarian and compassionate considerations.

[12] I am satisfied that the foregoing authorities apply fully on an application for leave to apply for landing from within Canada on humanitarian or compassionate grounds.

encore une fois brièvement, la question du redressement approprié, s'il en est.

ANALYSE

a) Norme de contrôle

[10] On n'a pas contesté devant moi que la norme de contrôle judiciaire applicable à une décision telle que celle sous examen est la norme de la décision raisonnable *simpliciter*.⁵ Cela étant dit, l'avocat du défendeur a fait remarquer à juste titre qu'il ne convenait pas que la Cour, lorsque s'applique cette norme, procède à une nouvelle appréciation de la preuve.⁶

b) Fardeau de preuve

[11] Le fardeau de preuve incombe au demandeur dans le cadre d'une demande fondée sur des raisons humanitaires. Dans *Prasad c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*,⁷ le juge Muldoon a écrit ce qui suit, au paragraphe 7, au sujet du contrôle judiciaire de la décision d'un agent des visas:

Le requérant a le fardeau de convaincre l'agent des visas de tous les éléments positifs contenus dans sa demande. L'agent des visas n'a pas à attendre ni à offrir au requérant une deuxième chance ou même plusieurs autres chances de le convaincre d'éléments essentiels que le requérant peut avoir omis de mentionner.

Dans *Patel c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*,⁸ le juge Heald, encore une fois en contexte de révision judiciaire de la décision d'un agent des visas, mais alors qu'étaient invoquées des considérations humanitaires, a écrit ce qui suit au paragraphe 10:

Le requérant prétend avoir droit à ce qu'il soit tenu compte de toute la preuve pertinente dans le cadre de sa demande invoquant des considérations humanitaires. Je suis d'accord. Cependant, le fardeau de la preuve à cet égard incombe alors au requérant. Il a la responsabilité de porter à l'attention de l'agent des visas toute preuve pertinente relative à des considérations humanitaires.

[12] Je suis convaincu que la jurisprudence précitée s'applique pleinement à une demande d'autorisation, pour des considérations humanitaires, de présenter une demande d'établissement sans avoir à quitter le Canada.

(c) Procedural Fairness

[13] Counsel for the applicant urged that the applicant was denied procedural fairness when he was neither interviewed nor extended an invitation to make further submissions and provide further evidence before the decision under review was finalized, particularly in light of the substantial lapse of time between the filing of his application and the finalization of the decision. I disagree.

[14] The applicant had received notice that progress was being made on processing of his application when he was provided an opportunity to comment on the risk opinion report prepared for consideration in conjunction with his application. That should have alerted him that something was going on and that he should submit whatever he had. He had been accumulating evidence to indicate the economic support that he was providing to his wife and two children in Ghana. He withheld it, apparently in the hope or expectation that he would be granted an interview and would have an opportunity to submit the evidence at or before that time and to make submissions with respect to it. That was his decision to make. As it turned out, he was the author of his own misfortune. He could have submitted his accumulating evidence together with appropriate written representations. He had no rational justification for relying on his assumption that he would be granted an interview or be extended an invitation to make further submissions. While the duty of fairness owed to an applicant for humanitarian or compassionate relief is not simply “minimal”, neither does it extend to place an obligation on an immigration officer who is considering such an application to invite further submissions and evidence or to provide an interview, no matter how long the delay in finalization of a decision on the application might be.

[15] Once again in *Baker*,⁹ Justice L’Heureux-Dubé wrote:

Rather, the circumstances require a full and fair consideration of the issues, and the claimant and others whose important interests are affected by the decision in a fundamental way must have a meaningful opportunity to present the various types of evidence relevant to their case and have it fully and fairly considered.

I am satisfied that, on the facts of this matter, the applicant was not deprived of a “meaningful

c) Équité de la procédure

[13] L’avocat du demandeur soutient qu’on n’a pas fait montre d’équité procédurale envers son client, comme on ne lui a pas fait passer d’entrevue ni convié à présenter d’autre preuve ou argumentation avant que la décision sous examen ne soit arrêtée définitivement, compte tenu particulièrement du long délai entre cette dernière étape et le dépôt de la demande. Je ne partage pas son avis.

[14] Le demandeur a été informé que le traitement de sa demande progressait lorsqu’on lui a donné l’occasion de commenter le rapport d’opinion quant au risque rédigé en vue d’être examiné avec sa demande. Cela aurait dû lui faire comprendre qu’il se passait quelque chose et qu’il lui fallait présenter tout ce dont il disposait. Il avait réuni des éléments de preuve démontrant qu’il subvenait aux besoins financiers de son épouse et de ses deux enfants au Ghana. Il n’a pas soumis cette preuve, dans l’espoir ou dans l’attente apparemment d’obtenir une entrevue et de pouvoir la présenter alors ou précédemment et de présenter des arguments à son égard. La décision lui en revenait, et s’est révélé être l’artisan de son propre malheur. Il aurait pu produire les éléments de preuve qui s’accumulaient ainsi que toute observation écrite jugée pertinente. Il n’avait aucun motif rationnel de présumer qu’on lui ferait passer une entrevue ou qu’on le convierait à présenter d’autres arguments. Bien que le devoir de traiter équitablement l’auteur d’une demande fondée sur des considérations humanitaires n’est pas simplement «minimale», cela ne va pas jusqu’à imposer l’obligation à l’agent d’immigration saisi d’une telle demande de le convier à présenter d’autres éléments de preuve ou arguments ou de lui faire passer une entrevue, peu importe le délai avant que soit arrêtée définitivement la décision relative à la demande.

[15] Encore dans *Baker*,⁹ le juge L’Heureux-Dubé a déclaré ce qui suit:

Au contraire, les circonstances nécessitent un examen complet et équitable des questions litigieuses, et le demandeur et les personnes dont les intérêts sont profondément touchés par la décision doivent avoir une possibilité valable de présenter les divers types de preuves qui se rapportent à leur affaire et de les voir évalués de façon complète et équitable.

Je suis convaincu, eu égard aux faits d’espèce, que le demandeur n’a pas été privé d’une «possibilité valable»

opportunity” to present the various types of evidence relevant to his case and to have it fully and fairly considered. Rather, faced with such an opportunity, and with the onus on him, he simply failed to provide evidence and submissions which, if provided, would have had to be fully and fairly considered by the immigration officer.

(d) Assessment by the Immigration Officer of the Humanitarian and Compassionate Factors Present

[16] It was not in substantial dispute before me that one of the humanitarian and compassionate factors at issue on the applicant’s application was the best interests of his children in Ghana.

[17] The reasons of the Supreme Court of Canada in *Baker*,¹⁰ as they relate to “best interests” of a child or children, were not written in terms limited to Canadian-born children or to children in Canada. Nor does the United Nations *Convention on the Rights of the Child*¹¹ draw any distinction between circumstances where a child is physically present with a parent or is in a distant and separate location from a parent. While article 2 of the Convention requires States Parties to the Convention only to “respect and ensure the rights set forth in the . . . Convention to each child within their jurisdiction”, I am not prepared to interpret those words as a reference to “geographical” jurisdiction. I am satisfied that the positive and humane interpretation¹² of article 2 brings the children of the applicant within the “jurisdiction” of Canada where, as here, their best interests are inevitably impacted by their father’s application which was properly before the respondent.

[18] In *Jack v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,¹³ I relied on the *Baker* decision in reviewing a decision of an immigration officer on a humanitarian or compassionate grounds application where the interests of children who were foreign born were at issue. I am satisfied that it is appropriate to do the same on the facts of this matter, where the children whose interests are impacted by the fate of their father were not only foreign born, but never have been in

de présenter les divers types de preuves qui se rapportent à son affaire et de les voir évalués de façon complète et équitable. Lorsqu’on lui a fourni une telle possibilité, et alors que le fardeau lui en incombait, il a tout simplement omis de soumettre des éléments de preuve et arguments qui, s’ils l’avaient été, auraient dû être évalués de façon complète et équitable par l’agente d’immigration.

d) Évaluation par l’agent d’immigration des facteurs d’ordre humanitaire présents

[16] Il n’a guère été contesté devant moi que l’un des facteurs humanitaires en cause dans le cadre de la demande du demandeur est l’intérêt supérieur de ses enfants au Ghana.

[17] Les motifs de la Cour suprême du Canada dans *Baker*¹⁰ concernant l’«intérêt supérieur» d’un enfant ou d’enfants n’ont pas été rédigés de manière que leur portée se restreigne aux seuls enfants nés ou se trouvant au Canada. La *Convention relative aux droits de l’enfant*¹¹ des Nations Unies n’établit pas non plus de distinction entre les situations où un enfant se trouve physiquement dans le même lieu que ses père ou mère ou se trouve dans un lieu distinct et éloigné. Bien que l’article 2 de la Convention requière uniquement que les États parties «s’engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la [. . .] Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction», je ne suis pas disposé à interpréter ces mots comme s’appliquant à la juridiction «géographique». Je suis convaincu qu’en interprétant l’article 2 dans un esprit positif et avec humanité¹², les enfants du demandeur relèvent de la «juridiction» du Canada lorsque, comme en l’espèce, la demande de leur père valablement présentée au défendeur a inévitablement une incidence sur leur intérêt supérieur.

[18] Dans *Jack c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*¹³, je m’étais appuyé sur la décision *Baker* dans le cadre du contrôle judiciaire de la décision d’un agent d’immigration visant une demande pour des considérations humanitaires alors qu’était en jeu l’intérêt supérieur d’enfants nés à l’étranger. Je suis convaincu qu’il convient de faire de même en l’espèce, alors que les enfants dont l’intérêt est touché par le sort réservé à leur père non seulement sont nés à l’étranger mais ne

Canada and have been separated from the applicant, their father, for many years.

[19] In *Hawthorne v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,¹⁴ Justice Evans, in minority reasons concurring in the result, wrote at paragraphs 31 and 32:

Counsel agreed that, under the legal test established by *Baker* and *Legault* for reviewing officers' exercise of discretion, the refusal to grant Ms. Hawthorne's H & C [humanitarian and compassionate grounds] application could be set aside as unreasonable if the officer had been "dismissive" of [the child's] best interests. On the other hand, if the decision-maker had been "alert, alive and sensitive" to them (*Baker*, at para. 75), the decision could not be characterized as unreasonable.

It was also common ground that an officer cannot demonstrate that she has been "alert, alive and sensitive" to the best interests of an affected child simply by stating in the reasons for decision that she has taken into account the interests of a child of an H & C applicant (*Legault*, at para. 13). Rather, the interests of the child must be "well identified and defined" (*Legault*, at para. 12) and "examined . . . with a great deal of attention" (*Legault*, at para. 30). For, as the Supreme Court has made clear, the best interests of the child are "an important factor" and must be given "substantial weight" (*Baker*, at para. 75) in the exercise of discretion under subsection 114(2) [of the *Immigration Act*].

[20] Justice Evans continued in paragraph 34 of his reasons in *Hawthorne*:

In order to determine if the officer's decision was unreasonable, the Court must subject her consideration of the best interests of the child to the "somewhat probing examination" prescribed in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748 at para. 56.

[21] Finally, Justice Evans wrote at paragraph 52 of his reasons in *Hawthorne*:

The requirement that officers' reasons clearly demonstrate that the best interests of an affected child have received careful attention no doubt imposes an administrative burden. But this is as it should be. Rigorous process requirements are fully justified for the determination of subsection 114(2) [humanitarian or compassionate grounds] applications that may adversely affect the welfare of children with the right to reside in Canada: vital interests of the vulnerable are at stake

sont jamais venus au Canada et vivent depuis de nombreuses années séparés de leur père, le demandeur.

[19] Dans *Hawthorne c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*¹⁴, le juge Evans a écrit ce qui suit aux paragraphes 31 et 32, dans des motifs minoritaires mais concordants quant au résultat:

L'avocat a convenu que, conformément au critère juridique établi dans les arrêts *Baker* et *Legault* pour examiner la manière dont les agents ont exercé leur pouvoir discrétionnaire, le refus de l'agente d'accueillir la demande de considérations humanitaires de M^{me} Hawthorne pourrait être annulé au motif qu'il s'agit d'une décision déraisonnable si l'agente n'a «prêté aucune attention» à l'intérêt supérieur de [l'enfant]. D'autre part, si le décideur a été «réceptif, attentif et sensible» à cet intérêt (*Baker*, para. 75), on ne pourrait soutenir qu'il s'agit d'une décision déraisonnable.

Il y a eu également consensus sur le fait qu'une agente ne peut démontrer qu'elle a été «réceptif[ve], attentif[ve] et sensible» à l'intérêt supérieur d'un enfant touché par la simple mention dans ses motifs qu'elle a pris en compte l'intérêt de l'enfant d'un demandeur CH (*Legault*, par. 13). L'intérêt de l'enfant doit plutôt être «bien identifié et défini» (*Legault*, par. 12) et «examiné avec beaucoup d'attention» (*Legault*, par. 30) car, ainsi que l'a affirmé clairement la Cour suprême, l'intérêt supérieur de l'enfant constitue «un facteur important» auquel on doit accorder un «poids considérable» (*Baker*, par. 75) dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire sous le régime du paragraphe 114(2) [de la *Loi sur l'immigration*].

[20] Le juge Evans a ensuite ajouté, au paragraphe 34 de ses motifs dans *Hawthorne*:

Afin de déterminer si la décision de l'agente était déraisonnable, la Cour doit soumettre son appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant à l'«examen assez poussé» énoncé dans l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 56.

[21] Finalement, le juge Evans a écrit ce qui suit, au paragraphe 52 de ses motifs dans *Hawthorne*:

Nul doute que l'exigence selon laquelle les motifs des agents doivent clairement attester le fait qu'ils ont attentivement examiné l'intérêt supérieur d'un enfant touché impose un fardeau administratif. C'est cependant ce qu'il convient de faire. Il est tout à fait justifié d'imposer des exigences rigoureuses en matière de traitement lorsqu'il s'agit de trancher des demandes fondées sur le paragraphe 114(2) [raisons d'ordre humanitaire] susceptibles de porter préjudice

and opportunities for substantive judicial review are limited. [Emphasis added.]

I am satisfied that the same might be said with respect to the welfare of children who do not have a right to reside in Canada but who might very well acquire a right to be sponsored to come to Canada if, as here, their parent were successful on an application for landing from within Canada on humanitarian or compassionate grounds.

[22] I noted earlier that Justice Evans' reasons in *Hawthorne* were minority reasons. Justice Décary, for the majority, arrived at the same result as did Justice Evans but based on different grounds. I derive the following principles from his reasons: first, the *Baker* and *Legault* decisions cited earlier in these reasons stand for the proposition that the best interests of a child are an important factor that must be given substantial weight; second, an immigration officer who is considering the best interests of a child should not be required to adopt a "magic formula" to explain the reasons for his or her exercise of discretion because to do so would "elevate form above substance." Justice Décary wrote at paragraph 5 of the reasons in *Hawthorne*:

... the officer has before her a file wherein specific reasons are alleged by a parent, by a child or, as in this case, by both, as to why non-removal of the parent is in the best interests of the child. These specific reasons must, of course, be carefully examined by the officer.

I note that, on the facts of this matter, there were essentially no "specific reasons" before the immigration officer from anyone "as to why non-removal of the parent [here the applicant] is in the best interests of the [children in Ghana]".

[23] Against the foregoing authorities and subjecting the decision of the immigration officer that is here under review to a "somewhat probing examination", I determine that decision to be unsustainable. I find no basis whatsoever upon which I could conclude that the immigration officer had been "alert, alive and sensitive"

au bien-être des enfants ayant le droit de demeurer au Canada: l'enjeu concerne les intérêts vitaux de personnes vulnérables et les possibilités d'intervention dans le cadre d'un contrôle judiciaire de fond sont limitées. [Non souligné dans l'original.]

Je suis convaincu qu'on pourrait dire la même chose relativement au bien-être d'enfants qui n'ont pas le droit de demeurer au Canada mais qui auraient très bien pu acquérir le droit de faire parrainer leur venue au Canada si, comme en l'espèce, leurs père ou mère avait eu gain de cause dans sa demande d'établissement présentée sans avoir à quitter le Canada fondée sur des considérations humanitaires.

[22] J'ai signalé précédemment que les motifs du juge Evans dans *Hawthorne* étaient des motifs minoritaires. Écrivant au nom de la majorité, le juge Décary est arrivé au même résultat mais en se fondant sur des motifs différents. Je déduis les principes qui suivent de ses motifs. Premièrement, les arrêts *Baker* et *Legault* précités étaient la proposition selon laquelle l'intérêt supérieur de l'enfant constitue un facteur important auquel on doit accorder un poids considérable. Deuxièmement, l'agent d'immigration qui tient compte de l'intérêt supérieur d'un enfant ne devrait pas être tenu de recourir à une «formule magique» pour expliquer les motifs de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire; sinon, cela reviendrait «à privilégier la forme au détriment du fond». Le juge Décary a ainsi déclaré ce qui suit, au paragraphe 5 de ses motifs dans *Hawthorne*:

[...] l'agente est saisie d'un dossier dans lequel un parent, un enfant ou les deux, comme en l'occurrence, allèguent des raisons précises quant à savoir pourquoi le non-renvoi du parent est dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Il va de soi que l'agente doit examiner attentivement ces raisons précises.

Je relève qu'en l'espèce, l'agente d'immigration n'était essentiellement saisie d'aucune «raison précise» par quiconque «quant à savoir pourquoi le non-renvoi du parent [le demandeur] est dans l'intérêt supérieur [des enfants au Ghana]».

[23] Compte tenu de la jurisprudence précitée et après avoir soumis la décision sous examen de l'agente d'immigration à un «examen assez poussé», je conclus que cette décision ne saurait se défendre. Absolument rien ne me permet de conclure que l'agente d'immigration a été «réceptive, attentive et sensible» à

to the best interests of the applicant's children in Ghana. Those interests were not "well identified and defined" by the immigration officer. They were not "examined . . . with a great deal of attention". Indeed, they were not examined at all and no explanation was provided by the immigration officer as to why they were not.

[24] A simple explanation was available. The simple explanation was that the evidence and submissions from the applicant and on his behalf did not themselves identify the best interests of the applicant's children as a factor to be considered. The applicant and his advisors simply failed to put before the immigration officer the appropriate evidence and submissions. If the immigration officer had simply identified this reality in her Decision and Rationale set out in the Schedule to these reasons, I am satisfied that, on the facts of this matter, that would have been enough.

[25] I return to the principle that the onus on an application such as that here under review is on the applicant. Notwithstanding that the applicant's evidence and related submissions here identified that there were children whose best interests were at stake on this application, I am not satisfied that that of itself transferred an onus to the Immigration officer where the applicant failed to discharge the onus on him. I am satisfied that the Immigration officer was under no obligation on the facts of this matter to reach out to the applicant, to point out to him the deficiencies in his evidence and submissions, and to provide him an opportunity to remedy those deficiencies. It might have been preferable if the Immigration officer had done so, but the Immigration officer was under no such obligation.

[26] I return once again to paragraph 5 of the reasons of Justice Décary in *Hawthorne*.¹⁵ That paragraph is now quoted in full:

The officer does not assess the best interests of the child in a vacuum. The officer may be presumed to know that living in Canada can offer a child many opportunities and that, as a general rule, a child living in Canada with her parent is better off than a child living in Canada without her parent. The inquiry of the officer, it seems to me, is predicated on the premise, which need not be stated in the reasons, that the officer will end up finding, absent exceptional circumstances, that the "child's best interests" factor will play in favour of the

l'intérêt supérieur des enfants au Ghana du demandeur, ni qu'elle a «bien identifié et défini» cet intérêt. Cet intérêt n'a pas été «examiné avec beaucoup d'attention». En fait il n'a pas été examiné du tout et l'agente d'immigration n'en a nullement expliqué le motif.

[24] Il y avait une explication toute simple, soit que la preuve et l'argumentation présentées par le demandeur et pour son compte ne mentionnaient pas elles-mêmes l'intérêt supérieur de ses enfants comme facteur à considérer. Le demandeur et ses conseillers ont tout simplement omis de saisir l'agente d'immigration de la preuve et des arguments appropriés. Si l'agente avait simplement fait état de cette réalité dans ses décision et motifs figurant en annexe des présents motifs, je suis d'avis que cela aurait suffi en l'espèce.

[25] Je reviens au principe selon lequel c'est au demandeur qu'incombe le fardeau dans le cas d'une demande comme celle sous examen. Bien qu'en l'espèce, la preuve du demandeur et les arguments connexes faisaient mention d'enfants dont la présente demande mettait en jeu l'intérêt supérieur, je ne suis pas convaincu que cela avait en soi pour effet de transférer le fardeau vers l'agente d'immigration alors que le demandeur ne s'était pas acquitté du sien. Je suis d'avis qu'en l'espèce l'agente d'immigration n'avait pas l'obligation d'aller au-devant du demandeur, de lui signaler les carences de sa preuve et de son argumentation et de lui fournir l'occasion de les corriger. Il aurait sans doute été préférable que l'agente d'immigration agisse de la sorte, mais elle n'y était nullement tenue.

[26] Je reviens une fois encore au paragraphe 5 des motifs du juge Décary dans *Hawthorne*¹⁵, que je vais maintenant citer en son entier:

L'agente n'examine pas l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'abstrait. Elle peut être réputée savoir que la vie au Canada peut offrir à un enfant un éventail de possibilités et que, règle générale, un enfant qui vit au Canada avec son parent se trouve dans une meilleure position qu'un enfant vivant au Canada sans son parent. À mon sens, l'examen de l'agente repose sur la prémisse—que nous n'avons pas à exposer dans les présents motifs—qu'elle finira par conclure, en l'absence de circonstances exceptionnelles, que le facteur de «l'intérêt

non-removal of the parent. [Emphasis added.]

I would go further. I am satisfied that, as a general rule, a child wherever he or she may be living is better off living with his or her parent. There are, of course, significant exceptions to this rule but, once again on the facts of this matter, there was no evidence whatsoever before the immigration officer to indicate that the applicant's children were better off in Ghana and with their father in Canada than they would be if their father were with them in Ghana.

[27] On the sole basis of the deficiencies regarding best interests of the applicant's children in the Decision and Rationale set out in the Schedule to these reasons, I determine that the immigration officer erred in a reviewable manner in arriving at the decision under review.

(e) Appropriate Relief, if any

[28] Having determined on all of the facts of this matter, and taking into account the submissions of counsel, that the applicant was the author of his own misfortune when his application for landing from within Canada on humanitarian or compassionate grounds was rejected, and further considering my conclusion that no responsibility lay with the immigration officer to reach out to the applicant to provoke him into bolstering evidence and submissions, I am satisfied that it would not be appropriate to set aside the decision under review, and to refer it back for rehearing and redetermination on the basis of the evidence and submissions in the tribunal record and of further evidence and submissions that the applicant might see fit to provide to the respondent within a time that I might fix. To do so would be to insert this Court into the role of providing a remedy to the applicant in respect of his own errors, not in respect of a substantive omission or error on the part of the respondent.

[29] On the other hand, to set aside the decision under review and to refer the matter back for reconsideration and redetermination on the basis solely of the evidence and submissions that were before the immigration officer when the decision under review was made, would be

supérieur de l'enfant» penchera en faveur de non-renvoi du parent. [Non souligné dans l'original.]

J'irais plus loin. J'estime que, règle générale, un enfant, où qu'il réside, se trouve dans une meilleure situation s'il vit avec son parent. Il y a bien sûr d'importantes exceptions à cette règle mais, une fois encore en fonction des faits d'espèce, l'agente d'immigration n'était saisie d'aucune preuve quelconque quant au fait que les enfants du demandeur étaient dans une meilleure situation en étant au Ghana alors que leur père se trouvait au Canada qu'ils n'auraient été si ce dernier vivait au Ghana avec eux.

[27] Sur le seul fondement des lacunes concernant l'intérêt supérieur des enfants dont sont entachées les décisions et motifs figurant en annexe des présents motifs, je statue que l'agente d'immigration a commis une erreur révisable en arrivant à la décision sous examen.

e) Mesure de redressement appropriée, s'il en est

[28] Ayant statué, eu égard à tous les faits d'espèce et aux prétentions des avocats, que le demandeur a été l'artisan de son propre malheur pour ce qui est du rejet de sa demande d'établissement sans quitter le Canada pour des considérations humanitaires, et compte tenu également de ma conclusion selon laquelle il n'incombait pas à l'agente d'immigration d'aller au-devant du demandeur pour l'encourager à présenter des éléments de preuve et des arguments, je suis d'avis qu'il ne conviendrait pas d'annuler la décision sous examen et de renvoyer l'affaire pour nouvelle audition et nouvelle décision sur le fondement de la preuve et des arguments au dossier du tribunal et des autres éléments de preuve et arguments que le demandeur jugerait approprié de transmettre au défendeur dans le délai que je pourrais fixer. Agir ainsi, ce serait conférer à la Cour le rôle d'octroyer au demandeur une mesure de redressement pour ses propres erreurs, et non en raison d'une omission ou erreur fondamentale du défendeur.

[29] Par contre, il serait dénué de sens d'annuler la décision sous examen et renvoyer l'affaire pour nouvel examen et nouvelle décision sur le fondement uniquement de la preuve et des arguments dont l'agente d'immigration était saisie lorsqu'a été rendue la décision

meaningless. It would, in the words of Justice Décary in *Hawthorne*, “elevate form over substance”. The respondent would have no alternative but to “patch up” the decision and rationale by noting that there is simply no evidence and there are no submissions before the respondent that could support a determination that the best interests of the applicant’s children in Ghana lie in allowing the applicant to remain in Canada. Quite the contrary. The only evidence regarding the best interests of the children that was before the immigration officer was that they have been separated from their father for now in excess of 10 years, a situation that, in the absence of evidence to the contrary, would generally be considered as not in the best interests of the children. Thus, I am satisfied that any new decision by another officer based upon the same evidence and submissions would inevitably result in rejection of the applicant’s application.

[30] In *Yassine v. Canada (Minister of Employment & Immigration)*,¹⁶ the Court of Appeal had before it an appeal relating to a decision of the Refugee Division made in circumstances such that the applicant’s, the appellant before the Court of Appeal, right to a fair hearing was denied in breach of natural justice. Justice Stone, for the Court, wrote at paragraphs 9 and 10 of the reasons:

Ordinarily the denial of that right [the right to a fair hearing] will void the hearing and the resulting decision. An exception to this strict rule was recognized in *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, . . . where, . . ., the Supreme Court of Canada quoted the following views of Professor Wade:

A distinction might perhaps be made according to the nature of the decision. In the case of a tribunal which must decide according to law, it may be justifiable to disregard a breach of natural justice where the demerits of the claim are such that it would in any case be hopeless.

While recognizing that natural justice or procedural fairness had been denied, the Supreme Court gave effect to Professor Wade’s distinction by withholding a remedy because the outcome was “inevitable”, in that the decision-maker “would be bound in law to reject the application” of the appellant therein.

sous examen. Cela reviendrait, pour reprendre l’expression du juge Décary dans *Hawthorne*, à «privilégier la forme au détriment du fond». Le défendeur n’aurait d’autre choix que de «rafistoler» la décision et les motifs en faisant remarquer qu’il n’est tout simplement saisi d’aucun élément de preuve ni argument pouvant étayer une décision portant qu’il est dans l’intérêt supérieur des enfants au Ghana du demandeur de permettre à ce dernier de demeurer au Canada. Bien au contraire. La seule preuve concernant l’intérêt supérieur des enfants dont l’agente d’immigration disposait, c’était qu’ils vivaient maintenant séparés de leur père depuis plus de 10 ans, soit une situation qu’on considèrera généralement, en l’absence de preuve contraire, non conforme à leur intérêt supérieur. Je suis convaincu, par conséquent, que toute nouvelle décision par un autre agent se fondant sur les mêmes éléments de preuve et arguments ne pourrait consister qu’en un rejet de la demande du demandeur.

[30] Dans *Yassine c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*¹⁶, la Cour d’appel avait à connaître de l’appel d’une décision de la section du statut de réfugié rendue dans des circonstances où n’avait pas été respecté le droit du demandeur (l’appelant devant la Cour d’appel) à une audience impartiale, ce qui constituait une entorse à la justice naturelle. S’exprimant au nom de la Cour d’appel, le juge Stone a déclaré ce qui suit, aux paragraphes 9 et 10 de ses motifs:

Habituellement, le déni de ce droit [à une audience impartiale] a pour effet de rendre nulles l’audience et la décision qui en résulte. Une exception à cette règle stricte a été reconnue dans l’arrêt *Mobil Oil Canada Ltd. et al. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers* [. . .] où [. . .] la Cour suprême du Canada a cité l’opinion suivante du professeur Wade:

On pourrait peut-être faire une distinction fondée sur la nature de la décision. Dans le cas d’un tribunal qui doit trancher selon le droit, il peut être justifiable d’ignorer un manquement à la justice naturelle lorsque le fondement de la demande est à ce point faible que la cause est de toute façon sans espoir.

Tout en reconnaissant qu’il y avait eu manquement à la justice naturelle ou à l’équité sur le plan de la procédure, la Cour suprême a donné effet à la distinction du professeur Wade en refusant d’accorder une réparation, parce que l’affaire soulevait une question pour laquelle il existait une réponse «inéductible», étant donné que l’instance décisionnelle «serait juridiquement tenue de rejeter [la] demande» de l’appelante dans cette cause.

The limits within which Professor Wade's distinction should operate are yet to be established. Iacobucci J., writing for the Court . . . regarded the circumstances in *Mobil Oil* as "exceptional, since ordinarily the apparent futility of a remedy will not bar its recognition," citing *Cardinal v. Director of Kent Institution*, . . . It should be noted that *Cardinal* involved a complete denial of a hearing. Here it is not necessary to speculate as to the outcome, assuming of course that natural justice was denied and that there has been no waiver. The adverse finding of credibility having been properly made, the claim could only be rejected. It would be pointless to return the case to the Refugee Division in these circumstances. [Citations omitted.]

[31] As in *Mobil Oil* [*Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202] and *Yassine*, I am guided by the principle that "good public administration", and I would go and further and say good administrative law decision making, is concerned with substance rather than form. I have already noted my satisfaction that, if this matter were referred back for redetermination on the record, another immigration officer would only reach the same conclusion as that reached by the immigration officer whose decision is here under review. Acknowledging that to refuse to provide relief in the face of reviewable error is truly exceptional and should not be applied broadly, I am satisfied that this is a case that justifies denying relief.

CONCLUSION

[32] In the circumstances, this application for judicial review will be dismissed.

COSTS

[33] Neither party sought costs. There will be no order as to costs.

CERTIFICATION OF A QUESTION

[34] Counsel for the applicant sought certification of a question while counsel for the respondent urged that this matter turned on its unique facts and that therefore certification of a question was not warranted. There was some discussion between counsel for the applicant and the Court regarding the terms of a certifiable question

Les paramètres à l'intérieur desquels la distinction proposée par le professeur Wade devrait s'appliquer doivent encore être déterminés. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Iacobucci, citant l'arrêt *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [. . .] a dit [. . .] que les circonstances de l'affaire *Mobil Oil* étaient «exceptionnelles puisque, habituellement, la futilité apparente d'un redressement ne constituera pas une fin de non-recevoir». Il convient de souligner que l'affaire *Cardinal* portait sur le déni total du droit de se faire entendre. Il n'est pas nécessaire, en l'espèce, de formuler des hypothèses sur le résultat, en supposant évidemment qu'il y a eu manquement à la justice naturelle et qu'il n'y a pas eu de renonciation à cet égard. La conclusion défavorable quant à la crédibilité étant bien fondée, la demande ne pouvait qu'être refusée. Il serait inutile de renvoyer l'affaire à la Section du statut de réfugié dans ces circonstances. [Citations omises.]

[31] Tout comme dans *Mobil Oil* [*Mobile Oil Canada Ltd. c. Office Canada—Terre-Neuve des hydrocarbures*, [1994] 1 S.C.R. 202] je suis guidé par le principe selon lequel la «bonne administration publique», et j'ajouterais la prise de décisions éclairées en droit administratif, requiert de s'attacher au fond plutôt qu'à la forme. J'ai déjà dit être convaincu que, si la présente affaire était renvoyée pour nouvelle décision sur le fondement du dossier, un autre agent d'immigration ne pourrait en arriver qu'à la même conclusion que celle de l'agente d'immigration dans la décision sous examen. Reconnaissant qu'il doit être exceptionnel et assurément pas de pratique générale de refuser d'accorder réparation alors qu'une erreur révisable a été commise, j'estime qu'un tel refus se justifie en l'espèce.

CONCLUSION

[32] Dans ces circonstances, la présente demande de contrôle judiciaire sera rejetée.

DÉPENS

[33] Ni l'une ni l'autre partie n'a demandé de dépens. Aucuns dépens ne seront adjugés.

CERTIFICATION D'UNE QUESTION

[34] L'avocat du demandeur a demandé la certification d'une question. Soutenant que les faits d'espèce étaient uniques, l'avocat du défendeur a déclaré pour sa part qu'une telle certification n'était pas justifiée. Il y a eu certaines discussions entre l'avocat du demandeur et la Cour quant au libellé d'une question certifiable et je suis

and I am satisfied that the result was a question in somewhat the following form:

Where, as on this matter, a Trial Judge finds a reviewable error on an application for judicial review of a decision engaging the best interests of a child or children, is the Trial Judge obligated to set aside the decision under review and to remit the matter for reconsideration and redetermination on the basis, not merely of the record that was before the decision-maker whose decision is set aside, but on the basis of that record and any new evidence and submissions that the applicant might determine to put before the officer conducting the reconsideration and making the redetermination?

I will certify the foregoing question. I note that where a question is certified, the object of the appeal is the judgment itself, not merely the certified question.¹⁷ I derive satisfaction from the result that, with certification of the foregoing question, an appeal of my decision would bring before the Court of Appeal my determination herein that “best interests of a child” extends to the interests of children wherever they might be, not merely to children in Canada.

convaincu qu’il en est résulté une question d’une teneur semblable à celle-ci:

Lorsque, comme en l’espèce, le juge de première instance conclut en l’existence d’une erreur révisable dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire d’une décision mettant en cause l’intérêt supérieur d’un enfant ou d’enfants, le juge de première instance est-il tenu d’annuler la décision sous examen et de renvoyer l’affaire pour nouvel examen et nouvelle décision se fondant non seulement sur le dossier dont était saisie la personne de qui la décision est annulée, mais aussi sur toute nouvelle preuve ou argumentation que le demandeur pourrait décider de soumettre à la personne qui procède à un nouvel examen et statue de nouveau sur l’affaire?

Je certifierai la question qui précède. Je signale que, lorsqu’une question est certifiée, l’objet de l’appel est le jugement lui-même et non simplement la question certifiée¹⁷. Je tire satisfaction du fait qu’en raison de la certification de la question qui précède, il résulterait de tout appel de ma décision que la Cour d’appel serait saisie de ma décision dans la présente affaire selon laquelle «l’intérêt supérieur d’un enfant» s’entend de l’intérêt d’enfants en quelque lieu qu’ils se trouvent, et non seulement au Canada.

¹ *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 9(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4] 114(2) [as am *idem*, s. 102].

² Applicant’s application record, at p. 23.

³ Applicant’s application record, at p. 26.

⁴ Applicant’s application record, at p. 12.

⁵ See *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 62.

⁶ See *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, at para. 41 and *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Legault*, [2002] 4 F.C. 358 (C.A.), at para. 11.

⁷ (1996), 34 Imm. L.R. (2d) 91 (F.C.T.D.).

⁸ (1997), 36 Imm. L.R. (2d) 175 (F.C.T.D.).

⁹ *Supra*, note 5, at para. 32.

¹⁰ *Supra*, note 5.

¹¹ [1992] Can. T.S. No. 3. (entry into force September 2, 1990).

¹² See articles 10 and 27 of the Convention.

¹³ (2000), 192 F.T.R. 132 (F.C.T.D.).

¹⁴ [2003] 2 F.C. 555 (C.A.).

¹⁵ *Supra*, note 14.

¹⁶ (1994), 27 Imm. L.R. (2d) 135 (F.C.A.), not cited before me.

¹⁷ *Baker, supra*, note 5, at para. 12.

¹ *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 9(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 4], 114(2) [mod., *idem*, art. 102].

² Dossier de demande du demandeur, à la p. 23.

³ Dossier de demande du demandeur, à la p. 26.

⁴ Dossier de demande du demandeur, à la p. 12.

⁵ Se reporter à *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au par. 62.

⁶ Se reporter à *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, au par. 41, ainsi qu’à *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Legault*, [2002] 4 C.F. 358 (C.A.), au par. 11.

⁷ (1996), 34 Imm. L.R. (2d) 91 (C.F. 1^{re} inst.).

⁸ (1997), 36 Imm. L.R. (2d) 175 (C.F. 1^{re} inst.).

⁹ Précité, note 5, au par. 32.

¹⁰ Précité, note 5.

¹¹ [1992] R.T. Can. n° 3 (entrée en vigueur le 2 septembre 1990).

¹² Se reporter aux articles 10 et 27 de la Convention.

¹³ (2000), 192 F.T.R. 132 (C.F. 1^{re} inst.).

¹⁴ [2003] 2 C.F. 555 (C.A.).

¹⁵ Précité, note 14.

¹⁶ (1994), 27 Imm. L.R. (2d) 135 (C.A.F.), décision qu’on ne m’a pas citée.

¹⁷ *Baker*, précité, note 5, au par. 12.

SCHEDULE

DECISION AND RATIONALE

I have reviewed this case under humanitarian and compassionate grounds and under the guidelines policy relating to Mr. Owusu's situation. There are insufficient compelling humanitarian and compassionate grounds to warrant an exemption from the normal legislative requirements.

Applicant's main reasons for wishing to apply from within Canada are that he feared returning to his native Ghana because while in Canada, he lived in the Ashanti region and was therefore persecuted for his political beliefs. In addition, Mr. Owusu had stated that he was a member of the Movement for Freedom And Justice (MFJ), and he fled Ghana when he heard that the Militia were arresting everyone that attended the MFJ meetings. Furthermore, the applicant stated that he was very well established in Canada, self-supporting, and has a full time job and a lot of friends through work and his church.

I have considered the fact that Mr. Owusu successfully attempted to adopt and integrate into the community, as well as become self-supporting, the fact that he has a full time job, and that he is a hardworking individual. This is all very commendable. However, it does not constitute grounds for approval, and I am not satisfied that he has become so established to the point [sic] where it would cause him undue and disproportionate hardship to leave Canada and seek an immigrant visa in the normal manner. I have considered that he has upgraded his skills by taking courses and that he has substantial savings and had volunteered his time to help others. It is to be noted that Mr. Owusu's ties with his home country are a lot stronger than those with Canada, where he still has his wife and two dependant children as well as his other family members.

I have also considered Mr. Owusu's fear of returning to his home country because of fear of authorities. . . . There is insufficient evidence to indicate that Mr. Owusu would be at risk should he be returned to Ghana. I have reviewed the PCDO's decision with regards to this fear of returning to his home country and I agree with the decision in that there is insufficient evidence to support the conclusion that the applicant would be at risk of threat to life or inhumane treatment. The applicant stated that he had had to flee Ghana because of his fear of authorities as a result of his membership with the MFJ. I am not satisfied that sufficient evidence exists to indicate that the applicant would be at risk if returned to his native country and there is insufficient evidence to indicate that any particular group or individual would be interested in pursuing the applicant or targeting him for harm upon his return. In addition, there is insufficient evidence to indicate

ANNEXE

DÉCISION ET MOTIFS

J'ai examiné le présent cas sous l'angle de considérations humanitaires et en me conformant aux lignes directrices applicables à la situation de M. Owusu. Il n'y a pas de raisons d'ordre humanitaire impérieuses suffisantes pour que se justifie une dispense d'application des prescriptions législatives habituelles.

Le principal motif pour lequel le demandeur souhaite présenter une demande sans quitter le Canada, c'est qu'il craint de retourner dans son pays d'origine, le Ghana, où il vivait dans la région Ashanti et où il était persécuté en raison de ses opinions politiques. M. Owusu a en outre déclaré qu'il était un membre du Mouvement pour la liberté et la justice (MLJ) et qu'il s'est enfui du Ghana lorsqu'il a appris que la milice arrêtrait quiconque avait assisté à une réunion du MLJ. Le demandeur a également déclaré qu'il était très bien établi au Canada, qu'il était autonome, qu'il occupait un emploi à plein temps et qu'il s'était fait beaucoup d'amis par l'entremise de son travail et de son église.

J'ai considéré le fait que M. Owusu a réussi à s'intégrer à la collectivité et à devenir autonome, qu'il occupe un emploi à plein temps et qu'il est un travailleur assidu. Tout cela est fort louable. Ce ne sont toutefois pas là des motifs d'approbation de sa demande, et je ne suis pas convaincue que son établissement ici est si profond qu'il subirait un préjudice indu et disproportionné s'il devait quitter le Canada et demander un visa d'immigrant de la manière courante. J'ai tenu compte du fait qu'il avait amélioré ses compétences en suivant des cours, qu'il dispose d'importantes économies et qu'il a fait du travail bénévole. Il y a lieu de noter que les liens de M. Owusu avec son pays d'origine sont beaucoup plus étroits qu'ils ne le sont avec le Canada, puisque sa femme, deux enfants à charge et d'autres membres de sa famille vivent toujours au Ghana.

J'ai aussi pris en compte la crainte des autorités de M. Owusu s'il devait retourner dans son pays d'origine [. . .] Il n'y a pas suffisamment de preuves pour démontrer que M. Owusu serait en danger s'il était renvoyé au Ghana. J'ai également passé en revue la décision de l'ARRR au sujet de la crainte du demandeur et retourner dans son pays d'origine, et je souscris à cette décision parce qu'il manque d'éléments de preuve pour conclure que la vie du demandeur serait en danger ou qu'il risquerait d'être traité de manière inhumaine. Le demandeur a déclaré s'être enfui du Ghana parce qu'il craignait les autorités du fait de son appartenance au MLJ. J'estime qu'il n'a pas été prouvé de manière satisfaisante que le demandeur serait en danger, ni qu'un certain groupe ou individu viserait à lui causer du tort, s'il devait retourner dans son pays d'origine. Il n'y a pas de preuve suffisante non plus du fait que le demandeur risquerait d'être poursuivi et puni pour activités antigouverne-

that the applicant would be at risk of being accused and punished for anti-government activities upon his return to Ghana. Also, it is noted that the applicant still has his wife and two sons as well as his mother and other family members, and there is insufficient evidence to indicate that they are encountering difficulties in Ghana. The applicant had stated that his father had died from injuries inflicted to him during his detention and torture at the hands of Ghanaian Government. There is insufficient evidence to indicate that Mr. Owusu's father's death was caused as a result of the persecution of the Ashanti tribe. As per the PCDO's decision and the Country Report, there is no evident link between the applicant's personal circumstances and the country conditions existing in Ghana today. Therefore, I am not satisfied that the applicant would face any personal risk to life should he be removed to Ghana.

After carefully considering all information provided in submissions and on file, I am not satisfied that sufficient humanitarian and compassionate grounds exist to warrant the applicant's request to waive a 9(1) of the Immigration Act.

APPLICATION IS REFUSED – INSUFFICIENT HUMANITARIAN AND COMPASSIONATE GROUNDS.

mentales une fois de retour au Ghana. Je dois signaler également que l'épouse et les deux fils du demandeur ainsi que sa mère et d'autres membres de sa famille sont toujours au Ghana, et qu'il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve pour indiquer qu'ils y éprouvent des difficultés. Le demandeur a déclaré que son père était mort des suites de blessures infligées pendant que le gouvernement ghanéen le maintenait emprisonné et le soumettait à la torture. Il n'y a pas de preuve suffisante quant au fait que le décès du père de M. Owusu résulte de persécutions à l'endroit de la tribu Ashanti. Pour ce qui est de la décision de l'ARRR et du dossier d'information sur le pays, il n'y a pas de lien manifeste entre la situation personnelle du demandeur et la situation qui prévaut de nos jours au Ghana. Je ne suis pas convaincue, par conséquent, que la vie du demandeur serait en danger si on devait le renvoyer au Ghana.

Après examen attentif des arguments et de toute l'information au dossier, je ne suis pas convaincue qu'il existe des motifs d'ordre humanitaire suffisants pour que soit justifiée la demande du demandeur d'être dispensé de l'application du paragraphe 9(1) de la Loi sur l'immigration.

DEMANDE REJETÉE – RAISONS D'ORDRE HUMANITAIRE INSUFFISANTES

IMM-1020-01
2002 FCT 1207

IMM-1020-01
2002 CFP1 1207

Adrien Dambana Sungu and Mimie Likandja Mikembi (*Applicants*)

Adrien Dambana Sungu et Mimie Likandja Mikembi (*demandeurs*)

v.

c.

Minister of Citizenship and Immigration (*Respondent*)

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

INDEXED AS: SUNGU v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: SUNGU c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)

Trial Division, Blanchard J.—Montréal, June 18; Ottawa, November 22, 2002.

Section de première instance, juge Blanchard—Montréal, 18 juin; Ottawa, 22 novembre 2002.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees — Applicants alleging well-founded fear of persecution in country of origin based on political opinions, membership in particular social group — Male applicant excluded from definition of refugee under U.N. Refugee Convention, s. 1F(a) as considered party to crimes against humanity — Principles governing exclusion, complicity reviewed — IRB, Refugee Division erred in not considering evidence as to whether applicant's fear of persecution reasonable — Applying inappropriate principle to determine complicity.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Les demandeurs ont allégué avoir un crainte bien fondée d'être persécutés dans leur pays d'origine du fait de leurs opinions politiques et de leur appartenance à un groupe social — Le demandeur a été exclu de la définition de réfugié en vertu de l'art. 1Fa) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, parce qu'il aurait participé à des crimes contre l'humanité — Examen des principes qui régissent l'exclusion et la complicité — La section du statut de réfugié de la CISR a commis une erreur en ne tenant pas compte des éléments de preuve quant à la question de savoir si la crainte du demandeur d'être persécuté était raisonnable — Elle a appliqué un principe inapproprié pour décider de la question de complicité.

Administrative Law — Judicial Review — Certiorari — Immigration and Refugee Board, Refugee Division finding applicants unable to show well-founded fear of persecution should they return to country of origin — Erred in concluding applicants lacked credibility — Evidence as to reasonable fear of persecution, exclusion of male applicant not considered — Refugee Division applying wrong legal test in excluding applicant from protection of Convention — Conclusion no marital relationship between applicants patently unreasonable.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — La section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que les demandeurs n'ont pas été en mesure de démontrer qu'ils avaient raison de craindre d'être persécutés s'ils devaient retourner dans leur pays d'origine — Elle a commis une erreur en concluant à l'absence de crédibilité des demandeurs — Les éléments de preuve quant à la crainte raisonnable de persécution et à l'exclusion du demandeur n'ont pas été examinés — La section du statut de réfugié a appliqué le mauvais critère juridique en excluant le demandeur de la protection de la Convention — La conclusion selon laquelle il n'y a aucun lien conjugal entre les demandeurs était manifestement déraisonnable.

This was an application for judicial review of a decision by the Refugee Division of the Immigration and Refugee Board determining that the applicants had not demonstrated a well-founded fear of persecution and were not refugees within the meaning of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*. The applicants, who are citizens of the

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qui avait décidé que les demandeurs n'avaient pas démontré une crainte bien fondée de persécution et qu'ils n'étaient pas des réfugiés au sens de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*.

Democratic Republic of the Congo (DRC), alleged a well-founded fear of persecution in their country because of their political opinions and their membership in a particular social group, the family of Mobutu, the former president. From 1982 to 1987, the male applicant was an elected official for the city of Kinshasa. Thereafter he continued to serve the regime. After his brother married the president's daughter, he worked as an analyst in the president's political strategy planning office. In 1990, he proposed a reform movement, which President Mobutu's inner circle did not appreciate. As a result, he was politically isolated and placed under house arrest for 72 hours. During that period, the applicant worked to rally the marginalized working population of Ubangi to organize themselves politically. When Kabila came to power in 1997, the applicant was arrested for having undermined the internal security of the State as a member of the *Mouvement Populaire de la Révolution* (MPR). Once released, he was prohibited from leaving the city of Kinshasa and from having any contact with the family plantation he directed. In May 1999, he was arrested and detained for four months during which he was mentally tortured. After being released and once again arrested and released, the applicant left the country with his wife. In rejecting the male applicant's claim, the Refugee Division concluded that he had not demonstrated a well-founded fear of persecution should he return to the DRC. It also held that the applicants' testimony lacked credibility on the basis of certain contradictions and inconsistencies and that the male applicant could not obtain refugee status under paragraph 1F(a) of the Refugee Convention because of his complicity with the Mobutu regime and "crimes against humanity" committed by that regime. Four questions were raised: (1) did the Refugee Division err in concluding that the applicants lacked credibility? (2) did it take into account evidence at its disposal before considering that the applicants had not demonstrated a well-founded fear of persecution? (3) did it apply the appropriate principles of law in determining that the male applicant was excluded from the definition of Convention refugee? (4) did it take into account evidence at its disposal before finding that the applicant was excluded?

Held, the application should be allowed.

(1) On the evidence, it was unreasonable for the Refugee Division to have concluded that the male applicant said that he was unaware of the acts of torture under the Mobutu regime. Therefore, it erred in concluding that the applicant lacked credibility in that regard. The Refugee Division did not accept the applicant's explanations that some pages were missing

Les demandeurs, qui sont des citoyens de la République démocratique du Congo (RDC), ont allégué une crainte bien fondée de persécution dans leur pays du fait de leurs opinions politiques et de leur appartenance à un groupe social, soit la famille de l'ancien président Mobutu. Le demandeur a été élu député de la ville de Kinshasa de 1982 à 1987. Par la suite, il a continué à servir le régime. Après le mariage de son frère avec la fille du président, il a travaillé en qualité d'analyste au bureau d'étude de stratégie politique de la présidence. En 1990, il a proposé un mouvement de réforme que les proches collaborateurs du président Mobutu n'ont pas apprécié. Cela lui a valu un isolement politique ainsi que 72 heures en résidence surveillée. Au cours de cette période, le demandeur a travaillé à conscientiser la population laborieuse marginalisée de l'Ubangi pour qu'elle puisse s'organiser politiquement. À l'arrivée de Kabila au pouvoir en 1997, le demandeur a été arrêté pour avoir porté atteinte à la sûreté intérieure de l'État en tant que membre du Mouvement Populaire de la Révolution (MPR). Une fois relâché, on lui a interdit de quitter la ville de Kinshasa et d'avoir tout contact avec la plantation de la famille qu'il dirigeait. En mai 1999, il a été arrêté et détenu pendant quatre mois au cours desquels il a été torturé mentalement. Après avoir été libéré et, encore une fois repris et relâché, le demandeur a quitté le pays avec sa femme. La section du statut a rejeté la demande du revendicateur en concluant que le demandeur n'avait pas démontré une crainte bien fondée de persécution advenant son retour dans la RDC. Elle a également décidé que le témoignage des demandeurs n'était pas crédible et a fondé cette décision sur certaines contradictions et incohérences. De plus, le demandeur ne pouvait pas bénéficier du statut de réfugié au sens de la Convention en raison de l'application de l'alinéa 1F(a) de la Convention, pour sa complicité avec le régime de Mobutu et les «crimes contre l'humanité» qui ont été commis par ce régime. Quatre questions ont été soulevées: 1) la section du statut a-t-elle erré en concluant à l'absence de crédibilité des demandeurs? 2) a-t-elle tenu compte des éléments de preuve dont elle disposait avant de conclure que les demandeurs n'avaient pas démontré une crainte bien fondée de persécution? 3) a-t-elle appliqué les principes de droit appropriés en décidant de l'exclusion du demandeur de l'application de la définition de réfugié au sens de la Convention? 4) a-t-elle tenu compte des éléments de preuve dont elle disposait avant de conclure à l'exclusion du demandeur?

Jugement: la demande doit être accueillie.

1) Selon la preuve, il était déraisonnable pour la section du statut d'avoir conclu que le demandeur aurait dit qu'il n'était pas au courant des actes de torture sous le régime Mobutu. Par conséquent, elle a commis une erreur en concluant à l'absence de crédibilité du demandeur à ce sujet. La section du statut n'a pas retenu les explications du demandeur selon lesquelles des

from his old passports because of faulty manufacture, but relied on specialists who said that the pages had been removed. Even if the Refugee Division was entitled to conclude that the passports had been deliberately altered, this determination, by itself, could not justify the rejection of the applicant's claim. It was only one factor to be considered and not a decisive one. The male applicant did not contradict himself in his testimony when he said he was not close to Mobutu, while in his Personal Information Form (PIF), he wrote that he had met Mobutu. According to his testimony, the applicant never said he was a close associate of Mobutu. In concluding that the applicant contradicted himself in this regard, the Refugee Division erred in its assessment of the evidence. Its conclusion that the applicant lacked credibility was patently unreasonable.

(2) The male applicant submitted that he was persecuted by the new regime because he was a member of the MPR under the old regime, and because he continued to work within this party notwithstanding the prohibition of political activities decreed by the new regime. He also argued that some members of his party, ethnic group or province of origin had participated in a rebellion against the new regime. In his PIF, he stated that he was harassed for three months by the authorities of the new regime once it came to power. The Refugee Division conducted no analysis of this evidence and drew no conclusion as to whether the applicant's fear of persecution was reasonable in these circumstances. It was essential to consider the evidence and the applicant's claims regarding his reasonable fear of persecution under the Kabila regime, which was not done. This was a reviewable error that warranted the intervention of the Court.

(3) In *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, the Federal Court of Appeal held that the Minister had the burden of establishing that the claimant was covered by one of the exclusion clauses under the Convention. The Court also laid down the applicable principles where the Minister is seeking to exclude a party from the protection of the Convention, pursuant to paragraph 1F(a) of the Convention. The general rule is that mere membership in an organization involved in the perpetration of international crimes is not enough to trigger the exclusion provision. The exception to this general rule is when the very existence of the organization in question is primarily intended for a limited, brutal purpose, in which case there is a rebuttable presumption of complicity. Before acting on this presumption of complicity, it is important to characterize the organization with irrefutable evidence. The applicant was excluded from the protection of the Convention because he was a so-called "close relation of

pages manquaient dans ses anciens passeports à cause d'une mauvaise fabrication, mais elle s'est plutôt fiée à des spécialistes qui disaient que les pages auraient été enlevées. Même si la section du statut pouvait conclure que les passeports avaient été modifiés de façon délibérée, cette conclusion, à elle seule, ne pouvait justifier le rejet de la revendication du demandeur. Ce n'était qu'un facteur devant être examiné et certes pas un facteur déterminant. Le demandeur ne s'est pas contredit par son témoignage lorsqu'il a dit qu'il n'était pas près de Mobutu, alors que dans son Formulaire de renseignements personnels (FRP), il avait écrit avoir rencontré Mobutu. Selon son témoignage, le demandeur n'aurait jamais dit qu'il était un proche de Mobutu. En concluant que le demandeur s'est contredit à ce sujet, la section du statut a commis une erreur dans son appréciation de la preuve. Sa conclusion selon laquelle le demandeur n'avait pas de crédibilité était manifestement déraisonnable.

2) Le demandeur a soutenu qu'il a été persécuté par le nouveau régime parce qu'il a été membre du MPR sous l'ancien régime et parce qu'il a continué à travailler au sein de ce parti malgré l'interdiction des activités politiques décrétée par le nouveau régime. Il a soutenu également que des membres de son parti, de son ethnie ou de sa province d'origine avaient participé à un mouvement de rébellion contre le nouveau régime. Dans son FRP, il a déclaré avoir été harcelé pendant une période de trois mois par les autorités du nouveau régime dès qu'il a pris le pouvoir. La section du statut n'a procédé à aucune analyse de ces éléments de preuve ni tiré aucune conclusion quant à la crainte raisonnable de persécution du demandeur dans ces circonstances. Il était essentiel de considérer les éléments de preuve et les prétentions du demandeur en ce qui a trait à sa crainte raisonnable de persécution sous le régime Kabila, ce qui n'a pas été fait. C'était une erreur révisable qui justifiait l'intervention de la Cour.

3) Dans la décision *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, la Cour d'appel fédérale a statué que le ministre avait le fardeau d'établir que le revendicateur était visé par l'une des clauses d'exclusion prévues par la Convention. La Cour a également énoncé les principes devant être suivis lorsque le ministre cherche à exclure l'intéressé de la protection de la Convention, en vertu de l'alinéa Fa) de l'article premier de celle-ci. La règle générale est que la simple appartenance à une organisation impliquée dans la perpétration de crimes internationaux n'est pas suffisante pour que la disposition d'exclusion puisse être invoquée. Il y a une exception à cette règle générale, lorsque l'existence même de l'organisation en cause vise principalement des fins limitées et brutales, auquel cas il y a alors une présomption réfutable de complicité. Mais il est important, avant de donner lieu à cette présomption de complicité, de caractériser l'organisation au moyen d'une preuve indéniable. Le demandeur a été exclu de

Mobutu” and therefore guilty by association. Even if the record demonstrated (which it did not) that the applicant was “close” to Mobutu, this was not a reason that might in itself justify the applicant’s exclusion from the protection of the Convention. The Refugee Division applied an inappropriate principle in order to determine the applicant’s complicity, that is, of being “a man sufficiently close to Mobutu to make him an accomplice”. It committed a reviewable error in concluding that the applicant should be excluded without regard for the material before it and in applying the wrong legal test for determining complicity by association.

(4) The Refugee Division determined that the male applicant could not be accorded refugee status under paragraph 1F(a) of the Convention because he had been an accomplice in crimes against humanity. It was accepted that the Mobutu regime practised torture and was responsible for “international crimes” and that the organization was not one with a limited brutal purpose. In order to reach its conclusion of complicity through association, the Refugee Division had to be satisfied by the evidence that “the individual’s participation must be personal and knowing”. Complicity in an offence rests on a shared common purpose. The record established that the male applicant was aware of the international crimes and atrocities of the Mobutu regime. The decisive point on the question of complicity was whether the applicant had personally and knowingly participated in these “international crimes” and whether there was a shared common purpose. The lack of decision-making power is only one factor among others to be considered in relation to complicity. It is also necessary to consider the other factors concerning the actions and activities of the applicant and the role he allegedly played at the time within the regime. There was no evidence that the applicant, as a deputy, participated in the promotion or preparation of laws supporting the criminal objectives of the Mobutu regime. Rather, his testimony pointed to some evidence which did not demonstrate that he shared a “common purpose” with the Mobutu regime in the perpetration of crimes against humanity. This evidence went beyond the personal association of the applicant with Mobutu. It should have been expressly analysed by the Refugee Division in its reasons instead of being rejected on the basis of a mistaken determination of non-credibility.

The Refugee Division determined that the female applicant had not presented reliable evidence in support of her claim and concluded she had not established a well-founded fear of persecution. It did not explain its determination not to assign any probative value to the applicant’s testimony concerning her marriage in 1998. It did not accept the applicant’s explanation that the marriage certificate, dated 1988, contained

la protection de la Convention parce qu’il était un soi-disant «proche de Mobutu» et donc, coupable par association. Même si la preuve avait démontré (ce qu’elle n’a pas fait) que le demandeur était un «proche» de Mobutu, ce n’était pas un motif qui aurait pu justifier à lui seul l’exclusion du demandeur de la protection de la Convention. La section du statut a appliqué un principe inapproprié pour déterminer sa complicité, soit d’être «un homme suffisamment proche de Mobutu pour faire de lui un complice». Elle a commis une erreur révisable en concluant à l’exclusion du demandeur sans tenir compte des éléments dont elle disposait et en appliquant le mauvais critère juridique pour déterminer la complicité par association.

4) La section du statut a conclu que le demandeur ne pouvait pas bénéficier du statut de réfugié en raison de l’alinéa 1F(a) de la Convention, parce qu’il avait été complice de crimes contre l’humanité. Il a été reconnu que le régime Mobutu pratiquait la torture et était responsable de «crimes internationaux», mais que l’organisation ne poursuivait pas une fin limitée et brutale. Pour en venir à sa conclusion de complicité par association, la section du statut devait être convaincue en regard de la preuve que le complice «doit y avoir participé personnellement et sciemment». La complicité dans la perpétration d’une infraction repose sur l’intention commune. Le dossier a établi que le demandeur était au courant des crimes internationaux et des exactions du régime Mobutu. Le point déterminant sur la question de complicité était de savoir si le demandeur avait participé personnellement et sciemment à ces «crimes internationaux» et s’il y avait une intention commune. L’absence de pouvoir décisionnel n’est qu’un facteur parmi d’autres à considérer en matière de complicité. Il est aussi nécessaire de considérer les autres facteurs concernant les actions et activités du demandeur ainsi que le rôle qu’il aurait joué à l’époque au sein du régime. Il n’y avait aucune preuve que le demandeur, en tant que député, a participé à la promotion ou à la préparation de lois appuyant les objectifs criminels du régime Mobutu. Il ressort plutôt de son témoignage des éléments de preuve qui n’ont pas démontré qu’il partageait avec le régime Mobutu une «intention commune» en ce qui a trait à la perpétration de crimes contre l’humanité. Ces éléments de preuve allaient au-delà de l’association personnelle du demandeur avec Mobutu. Ils auraient dû être expressément analysés par la section du statut dans ses motifs au lieu d’être rejetés par suite d’une décision erronée de non-crédibilité.

La section du statut a décidé que la demanderesse n’avait présenté aucune preuve digne de foi à l’appui de sa revendication et a conclu qu’elle n’avait pas établi une crainte bien fondée de persécution. Elle n’a pas expliqué sa décision de n’accorder aucune valeur probante au témoignage de la demanderesse en ce qui a trait à son mariage en 1998. Elle n’a pas accepté l’explication de la demanderesse selon laquelle le

a typing mistake, but this explanation was reasonable given the applicant's age (12) at the time. The Refugee Division therefore erred in saying that the female applicant presented no trustworthy evidence. Two of the female applicant's four inconsistencies noted by the Refugee Division—the typing error concerning the date on the marriage certificate and the error attributable to the change of address in the DRC—led the Refugee Division to patently unreasonable conclusions, in view of the explanations given by the applicant. The Refugee Division's conclusion that there was no marital relationship between the applicants was also patently unreasonable. The inconsistencies cited by the Refugee Division did not affect the fundamental aspects of the female applicant's claim, namely, her well-founded fear of persecution in her country because of her political opinions and her membership in a particular social group, the family.

certificat de mariage, daté de 1988, contenait une erreur de frappe. Cette explication était toutefois raisonnable, compte tenu de l'âge de la demanderesse (12 ans) à l'époque. La section du statut a donc commis une erreur en disant que la demanderesse n'avait présenté aucune preuve digne de foi. Deux des quatre incohérences de la demanderesse constatées par la section du statut, soit l'erreur de frappe de la date sur le certificat de mariage ainsi que l'erreur attribuable au changement d'adresse en RDC, ont mené la section du statut à des conclusions manifestement déraisonnables, compte tenu des explications données par la demanderesse. La conclusion de la section du statut selon laquelle il n'existait pas de lien conjugal entre les demandeurs était aussi manifestement déraisonnable. Les incohérences relevées par la section du statut n'ont aucun lien avec les aspects fondamentaux de la revendication de la demanderesse, à savoir sa crainte bien fondée de persécution dans son pays du fait de ses opinions politiques et de son appartenance à un groupe social, soit la famille.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Crimes Against Humanity and War Crimes Act, S.C. 2000, c. 24, s. 6(3),(4),(5).
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(f) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11), (1.1) (as enacted *idem*).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 35(1)(b), 74(d), 190.
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, s. 16.
United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(a).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1992] 2 F.C. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.); *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433; (1993), 163 N.R. 197 (C.A.).

CONSIDERED:

Penate v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1994] 2 F.C. 79; (1993), 71 F.T.R. 171 (T.D.); *Bazargan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 205 N.R. 282 (F.C.A.).

REFERRED TO:

Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1989] 2 F.C. 680; (1989), 57 D.L.R. (4th)

LOIS ET RÈGLEMENTS

Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n°6, art. 1Fa).
Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, L.C. 2000, ch. 24, art. 6(3),(4),(5).
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)f) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), (1.1) (édicte, *idem*).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 35(1)b), 74d), 190.
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 16.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] 2 C.F. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.); *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433; (1993), 163 N.R. 197 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Penate c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1994] 2 C.F. 79; (1993), 71 F.T.R. 171 (1^{re} inst.); *Bazargan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 205 N.R. 282 (C.A.F.).

DÉCISIONS CITÉES:

Adjei c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1989] 2 C.F. 680; (1989), 57 D.L.R. (4th)

153 (C.A.); *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298; (1993), 107 D.L.R. (4th) 424; 21 Imm. L.R. (2d) 221; 159 N.R. 210 (C.A.); *Saridag v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 85 F.T.R. 307 (F.C.T.D.); *Gutierrez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 30 Imm. L.R. (2d) 106; 84 F.T.R. 227 (F.C.T.D.); *Cardenas v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 74 F.T.R. 214; 23 Imm. L.R. (2d) 244 (F.C.T.D.); *Hilo v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 199; 130 N.R. 236 (F.C.A.).

APPLICATION for judicial review of a decision by the Refugee Division of the Immigration and Refugee Board that the applicants had not demonstrated a well-founded fear of persecution and were not refugees within the meaning of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*. Application allowed.

APPEARANCES:

Jean-Michel Montbriand for applicants.
François Joyal for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Doyon, Guertin, Montbriand & Plamondon,
Montréal, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for
respondent.

*The following is the English version of the reasons for
order and order rendered by*

[1] BLANCHARD J.: Adrien Dambana (the male applicant) and his wife Mimie Likandja (the female applicant) are citizens of the Democratic Republic of the Congo and they allege that they have a well-founded fear of persecution in their country because of their political opinions and their membership in a particular social group, the family. Ms. Likandja based her claim on that of her husband Mr. Dambana. They are seeking judicial review of the decision of the Refugee Division of the Immigration and Refugee Board (the Refugee Division) delivered on February 6, 2001 [*C.R.B. (Re)*, [2001] C.R.D.D. No. 356 (QL)].

153 (C.A.); *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298; (1993), 107 D.L.R. (4th) 424; 21 Imm. L.R. (2d) 221; 159 N.R. 210 (C.A.); *Saridag c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 85 F.T.R. 307 (C.F. 1^{re} inst.); *Gutierrez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 30 Imm. L.R. (2d) 106; 84 F.T.R. 227 (C.F. 1^{re} inst.); *Cardenas c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 74 F.T.R. 214; 23 Imm. L.R. (2d) 244 (C.F. 1^{re} inst.); *Hilo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 199; 130 N.R. 236 (C.A.F.).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié selon laquelle les demandeurs n'avaient pas démontré une crainte bien fondée de persécution et ils n'étaient pas des réfugiés au sens de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

Jean-Michel Montbriand pour les demandeurs.
François Joyal pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Doyon, Guertin, Montbriand et Plamondon,
Montréal, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour la
défenderesse.

*Voici les motifs de l'ordonnance et ordonnance
rendus en français par*

[1] LE JUGE BLANCHARD: M. Adrien Dambana (le demandeur) et son épouse M^{me} Mimie Likandja (la demanderesse) sont des citoyens de la République démocratique du Congo et ils allèguent avoir une crainte bien fondée de persécution dans leur pays en raison de leur opinion politique et de leur appartenance à un groupe social particulier soit la famille. M^{me} Likandja a basé sa revendication sur celle de son époux M. Dambana. Ils demandent un contrôle judiciaire de la décision de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la section du statut) rendue le 6 février 2001 [*C.R.B. (Re)*, [2001] D.S.S.R. n° 356 (QL)].

[2] In this decision, it was determined that the applicants had not demonstrated a well-founded fear of persecution and were not refugees within the meaning of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] (the Convention). The Refugee Division based this determination on the fact that the applicants were not credible. The Division further held that the male applicant was excluded from the definition of refugee under paragraph 1F(a) of the Convention, since in its opinion he had committed crimes against humanity as a party to such crimes.

[3] It is worth reproducing the relevant part of paragraph F of article 1 of the Convention:

F. The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that:

- (a) he has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes;

FACTS

[4] The male applicant was born on April 25, 1956, and the female applicant on May 2, 1976, in Kinshasa. He says he was an elected deputy, or member of parliament, for the city of Kinshasa from 1982 to 1987. In 1987 he ran again but was not re-elected. From 1987 to 1990 he remained an active but unpaid cadre within the Mouvement Populaire de la Révolution (MPR).

[5] After his election defeat, the applicant continued to serve the regime. As an "honorary" deputy and member of a political-judicial committee, he participated in foreign missions to Brussels, France and Portugal. Also, while he was a deputy, he participated in a subcommission on national defence and security.

[6] In his Personal Information Form (PIF), the applicant states that after the marriage of his brother Jean-Jacques Dambana Azuda to the daughter of President Mobutu, on April 14, 1990 (hence his membership in the particular group, the family of Mobutu, the former president), he was assigned to the

[2] Dans cette décision, il a été déterminé que les demandeurs n'avaient pas démontré une crainte bien fondée de persécution et n'étaient pas des réfugiés au sens de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] (la Convention). La section du statut a fondé cette détermination sur le fait que les demandeurs n'étaient pas crédibles. De plus, la section du statut a jugé que le demandeur était exclu de la définition de réfugié, en application de l'alinéa 1F(a) de la Convention, estimant qu'il avait commis, à titre de complice, des crimes contre l'humanité.

[3] Il est utile de reproduire la partie pertinente de l'alinéa F de l'article premier de la Convention.

F. Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser:

- a) qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes;

EXPOSÉ DES FAITS

[4] Le demandeur est né le 25 avril 1956 et la demanderesse, le 2 mai 1976 à Kinshasa. Le demandeur affirme avoir été élu député de la ville de Kinshasa de 1982 à 1987. En 1987, il s'est de nouveau porté candidat, mais n'a pas été réélu. De 1987 à 1990, le demandeur est resté cadre effectif, non rémunéré, au sein du Mouvement Populaire de la Révolution (MPR).

[5] Le demandeur, après sa défaite électorale, a continué de servir le régime. En tant que député «honoraire» et membre d'un comité politico-judiciaire, il a fait partie de missions étrangères à Bruxelles, en France et au Portugal. De plus, lorsqu'il était député, le demandeur a participé à une sous-commission portant sur la défense et la sécurité nationales.

[6] Dans son Formulaire de renseignements personnels (FRP), le demandeur déclare qu'après le mariage de son frère Jean-Jacques Dambana Azuda avec la fille du président Mobutu le 14 avril 1990, (d'où son appartenance au groupe particulier, la famille de l'ex-président Mobutu), il a été affecté au bureau d'étude de

political strategy planning office of the president as an analyst. His work consisted of reporting on what was going on nationally. He remained in this position until December 1992. The applicant was also a “Commander of the Order of Léopold”, an honorary title awarded by President Mobutu for special contributions to the State. The applicant says all deputies were automatically members of the Order of Léopold.

[7] When Mobutu announced a return to a democratic political process, on April 24, 1990, the applicant alleges that he had the idea of [TRANSLATION] “launching a reformist current based on alternance through a radical change that would manage public affairs through adversarial debate, liberal and independent expression”. Mobutu’s closest collaborators did not appreciate this idea, he says, and he was politically isolated and placed under house arrest for 72 hours by the Service national d’intelligence et de protection.

[8] During this period of isolation, the applicant writes in his PIF, he [TRANSLATION] “devoted [himself] to educating and promoting awareness among the marginalized labouring population of Ubangi as a whole to help it organize politically in order to achieve its aspirations. This population is estimated to number two million souls in the province of Équateur.” He also participated, he says, in the activities of the Red Cross and was heavily involved in the administration of family plantation during this period.

[9] In 1996, when the Mobutu government was experiencing some difficulties, the applicant was invited by the president to a major political meeting to present his views on reform. Other reformers had also been invited. At this meeting, the applicant alleges, he had the courage to denounce certain undemocratic practices by the party and, among other things, to suggest that certain generals in the Armed Forces be retired and the Army reformed by keeping only the colonels and the new generation of soldiers trained abroad. The applicant states that President Mobutu was open to his idea, but that nothing was done because Mobutu was stricken by cancer and treated in Europe for several months.

stratégie politique de la présidence en qualité d’analyste. Son travail consistait à faire rapport de ce qui se passait sur la scène nationale. Il est demeuré en fonction jusqu’en décembre 1992. Le demandeur était aussi «Commandeur de l’ordre du Léopard», titre honorifique accordé par le président Mobutu en raison de contributions particulières à l’État. Selon le demandeur, tous les députés sont automatiquement membres de l’ordre du Léopard.

[7] Lorsque Mobutu a annoncé le retour à un processus politique démocratique le 24 avril 1990, le demandeur allègue avoir eu l’idée de «lancer un courant réformateur basé sur l’alternance par un changement radical de façon à gérer la chose publique par le débat contradictoire, l’expression libérale et indépendante.» Selon le demandeur, les proches collaborateurs de Mobutu n’ont pas apprécié cette idée, ce qui lui aurait valu un isolement politique et 72 heures en résidence surveillée par le Service national d’intelligence et de protection.

[8] Pendant cette période d’isolement, le demandeur écrit dans son FRP qu’il se serait «consacré à sensibiliser et conscientiser la population laborieuse marginalisée de l’Ubangi dans sa globalité pour qu’elle puisse s’organiser politiquement de manière à atteindre ses aspirations. Cette population est estimée à deux millions d’âmes dans la Province de l’Équateur.» Selon le demandeur, il aurait aussi participé aux activités de la Croix-Rouge et se serait consacré à l’administration de la plantation familiale durant cette période.

[9] C’est en 1996, alors que le gouvernement de Mobutu connaissait des difficultés, que le demandeur fut invité par le président à une grande réunion politique pour qu’il puisse exposer ses projets de réforme. D’autres réformateurs avaient aussi été invités. À cette réunion, le demandeur allègue avoir eu le courage de dénoncer certaines pratiques antidémocratiques du parti et, entre autres, de suggérer que certains généraux des Forces armées soient mis à la retraite et de ne garder que les colonels et la nouvelle génération militaire formés à l’étranger afin de réformer l’Armée. Le demandeur affirme que le président Mobutu était ouvert à son idée, mais que rien ne fut exécuté parce que Mobutu a été frappé du cancer et traité en Europe pendant quelques mois.

[10] When Mobutu returned to the country, the reformers, including the applicant, proposed to the President that he resign and [TRANSLATION] “ask the people to forgive him for the evil under his rule”.

[11] When Kabila came to power in 1997, the applicant says, he was arrested by the *Département de la sûreté extérieure* for having undermined the internal security of the State as a member of the MPR. Once released, he was summoned by the 50th Brigade of Camp Luano de Joli-Parc and the Agence nationale de renseignement. He was prohibited from leaving the city of Kinshasa and having any contact with the family plantation he directed in Budsala. In 1998, the plantation was looted by Kabila’s forces.

[12] The applicant argues that he nonetheless continued his political struggle within his party.

[13] On May 17, 1999, the applicant’s residence was encircled by the emergency intervention police for political reasons. The house was searched and looted. Later, the applicant was arrested and transferred to the Headquarters, Bruza/Pigeon IPN division at the Litho Moboti residence, and he spent four months in a room in this villa. During this detention, the applicants says, he was mentally tortured.

[14] The applicant says he was released on September 20, 1999, re-arrested on October 5, 1999, and re-released on October 30, 1999. After these incidents, he and his wife decided to leave the Democratic Republic of the Congo. They left the country on March 20, 2000, and arrived in Canada on March 22, 2000. The applicants claimed refugee status on March 22, 2000.

DECISION OF THE REFUGEE DIVISION

[15] In rejecting the male applicant’s claim, the Refugee Division concluded that he had not demonstrated that he had a well-founded fear of persecution should he return to the Democratic Republic of the Congo. It also determined that the applicants’ testimony lacked credibility on the basis of certain contradictions and inconsistencies. The panel further held that in any event the male applicant could not obtain

[10] Lors du retour de Mobutu au pays, les réformateurs, incluant le demandeur, auraient proposé au président de démissionner et «de demander pardon au peuple pour le mal sous sa responsabilité».

[11] Selon le demandeur, à l’arrivée de Kabila au pouvoir en 1997, il aurait été arrêté par le Département de la sûreté extérieure pour avoir porté atteinte à la sûreté intérieure de l’État en tant que membre du MPR. Relâché, il aurait été convoqué par la 50^e Brigade du Camp Luano de Joli-Parc et par l’Agence nationale de renseignement. Il reçut l’interdiction de quitter la ville de Kinshasa et d’avoir tout contact avec la plantation de la famille qu’il dirigeait à Budsala. En 1998, la plantation fut pillée par les Forces de Kabila.

[12] Le demandeur soutient qu’il a tout de même continué son combat politique au sein de son parti.

[13] Le 17 mai 1999, la résidence du demandeur aurait été encerclée par la police d’intervention rapide pour des motifs politiques. La maison aurait fait l’objet de perquisition et aurait été pillée. Par la suite, le demandeur aurait été arrêté et transféré à l’État-major, section Bruza/Pigeon IPN à la résidence Litho Moboti où il aurait passé quatre mois dans une chambre de la villa en question. Pendant cette détention, le demandeur allègue avoir été torturé mentalement.

[14] Le demandeur aurait été libéré le 20 septembre 1999, repris le 5 octobre 1999, et relâché le 30 octobre 1999. Après ces incidents, le demandeur et son épouse ont décidé de quitter la République démocratique du Congo. Ils ont quitté le pays le 20 mars 2000 pour arriver au Canada le 22 mars 2000. Les demandeurs ont réclamé le statut de réfugié le 22 mars 2000.

DÉCISION DE LA SECTION DU STATUT

[15] En rejetant la demande du revendicateur, la section du statut a conclu que le demandeur n’avait pas démontré avoir une crainte bien fondée de persécution advenant son retour dans la République démocratique du Congo. La section du statut a également déterminé que le témoignage des demandeurs n’était pas crédible et a fondé cette détermination sur certaines contradictions et incohérences. De plus, le tribunal a jugé que le

refugee status pursuant to paragraph 1F(a) of the Convention because of his complicity with the Mobutu regime and “crimes against humanity” that were committed by that regime.

[16] In regard to the female applicant, the Refugee Division, having determined that her testimony lacked credibility, concluded that she had not presented any trustworthy evidence in support of her claim and that she had [TRANSLATION] “not established a well-founded fear of persecution within the meaning of the *Adjei* decision” (*Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 680 (C.A.)).

ISSUES

[17] There are four questions of importance to be considered in this judicial review. First, did the Refugee Division err in concluding that the applicants lacked credibility? Second, did the Refugee Division take into account some evidence at its disposal before considering that the applicants had not demonstrated a well-founded fear of persecution? Third, did the Refugee Division apply the appropriate principles of law in determining that the male applicant was excluded from the definition of Convention refugee? And four, did the Refugee Division take into account some evidence at its disposal before finding that the applicant was excluded?

ANALYSIS

Credibility of male applicant and inclusion

[18] The Refugee Division determined that the male applicant lacked credibility in regard to his knowledge of acts of torture and his testimony concerning the pages torn from his diplomatic passports.

[19] The Refugee Division stated that the male applicant had claimed he was unaware that persons had been tortured under the Mobutu regime. In my opinion, there is no basis for this finding in the record. The hearing transcript discloses that the applicant first said he had never witnessed any case of torture. He then went on to testify that he had heard of such cases in the

demandeur ne pouvait de toute façon pas bénéficier du statut de réfugié au sens de la Convention en application de l’alinéa 1F(a) de celle-ci, pour sa complicité avec le régime de Mobutu et les «crimes contre l’humanité» qui ont été commis par ce régime.

[16] Quant à la demanderesse, ayant déterminé que son témoignage n’était pas crédible, la section du statut a conclu qu’elle n’avait présenté aucune preuve digne de foi à l’appui de sa revendication et qu’elle n’avait «pas établi une crainte bien fondée de persécution au sens de l’arrêt *Adjei*» (*Adjei c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1989] 2 C.F. 680 (C.A.)).

QUESTIONS EN LITIGE

[17] Il y a quatre questions d’importance à être considérées dans ce contrôle judiciaire. Premièrement, est-ce que la section du statut a erré en concluant à la non-crédibilité des demandeurs? Deuxièmement, est-ce que la section du statut a tenu compte des éléments de preuve dont elle disposait avant de considérer que les demandeurs n’avaient pas démontré une crainte bien fondée de persécution? Troisièmement, est-ce que la section du statut a appliqué les principes de droit appropriés en déterminant l’exclusion du demandeur de l’application de la définition de réfugié au sens de la Convention? Et quatrièmement, est-ce que la section du statut a tenu compte des éléments de preuve dont elle disposait avant de conclure à l’exclusion du demandeur?

ANALYSE

La crédibilité du demandeur et l’inclusion

[18] La section du statut a déterminé que le demandeur n’était pas crédible en ce qui concerne sa connaissance des actes de torture ainsi que son témoignage sur les pages arrachées de ses passeports diplomatiques.

[19] La section du statut a affirmé que le demandeur aurait prétendu ne pas être au courant que des personnes avaient été torturées sous le régime Mobutu. À mon avis, cette constatation n’est pas fondée au regard de la preuve au dossier. La transcription de l’audience révèle que le demandeur aurait d’abord dit n’avoir jamais été témoin de cas de torture. Selon son témoignage, il aurait ensuite

international press and on Radio France Internationale. I reproduce the relevant extracts from the transcript, at pages 676 to 679:

[TRANSLATION]

Q. . . . before you became a deputy in Mr. Mobutu's government, you knew there were some atrocities. . .

A. But, there. . .

Q. . . . that were being committed by that government?

A. Yes, there were.

. . .

BY THE REFUGEE CLAIM OFFICER (to the person concerned No. 1):

Q. What exactly happened to these opponents, when they were arrested, Sir, to your knowledge?

A. Ah, but I knew, most of them were jailed.

Q. What happened to them in prison, Sir, to your knowledge?

A. That I could not fully say. I knew they were arrested. There were even some who left the country at that time, everyone knew that.

- It was also known to everyone, Sir, that they were tortured.

Q. But you didn't know it, Sir, considering the. . .

A. That, I cannot say. . .

Q. . . . position you had?

A. . . . something that I did not see, but I at least know that the opposi. . . the opponents were arrested.

. . .

Q. If I correctly understood, Sir, before you became a deputy of the MPR, you knew, you were aware that there were some atrocities? What exactly does this mean, Sir?

A. But there were, there were.

Q. What does it mean exactly, atrocities, Sir? Explain to us.

A. Atrocities?

dit avoir entendu parler de ces cas dans la presse internationale ainsi qu'à la Radio France Internationale. Je reproduis les extraits pertinents de la transcription de l'audience aux pages 676 à 679:

Q. [. . .] avant que vous veniez député au gouvernement de monsieur Mobutu, vous saviez qu'il y avait des exactions [. . .]

R. Mais, il [. . .]

Q. [. . .] qui étaient commises par ce même gouvernement?

R. Oui, il y en avait.

[. . .]

PAR L'AGENTE CHARGÉE DE LA REVENDICATION (à la personne en cause n° 1)

Q. Qu'est ce qui arrivait exactement à ces opposants, lorsqu'ils étaient arrêtés, Monsieur, à votre connaissance?

R. Ah, mais je savais, la plupart d'eux on les emprisonnait.

Q. Qu'est-ce qui leur arrivait en prison, Monsieur, à votre connaissance?

R. Ça je ne pouvais pas dire amplement. Je savais qu'ils étaient arrêtés. Il y en a même qui ont quitté le pays à l'époque, ça c'est connu de tout le monde.

- Il était aussi connu de tout le monde, Monsieur, qu'ils étaient torturés.

Q. Vous ne le saviez pas vous, Monsieur, considérant le [. . .]

R. Ça je ne peux pas dire [. . .]

Q. [. . .] poste que vous avez?

R. [. . .] quelque chose que je n'ai pas vu, mais je sais au moins que les opposi [. . .] les opposants étaient arrêtés.

[. . .]

Q. Si j'ai bien compris, Monsieur, avant que vous deveniez député du MPR, vous savez, vous saviez qu'il y avait des exactions? Qu'est-ce que ça veut dire exactement Monsieur ça?

R. Mais il y en avait, il y en avait.

Q. Qu'est-ce que ça veut dire exactement exactions, Monsieur? Expliquez-nous?

R. Exactions?

- Yes and so, they were simply arrested, and those people were put in detention, that's all.

A. I don't know, they were arrested. Everyone knew that, yes.

BY THE MINISTER'S REPRESENTATIVE (to the person concerned No. 1):

- You knew that people were arrested, put in prison.

Q. But you did not know what went on in the prisons?

A. That I don't know.

Q. You heard of what was going on in the prisons, at that time?

A. But, I don't know.

BY THE REFUGEE CLAIM OFFICER (to the person concerned No. 1):

Q. Was it known in the community, Sir, what was happening in prison?

A. Pardon?

Q. In the general population, to your knowledge, was it known what was going on in prison?

A. Well of course, from (inaudible), from members. If there were some members of the family who were arrested. But I, to my knowledge, I can't say something (inaudible).

Q. Were you ever curious to know what happened to these people who were arrested?

A. Curiosity as such, not at all, but we found out through the press of the commu. . . the international press.

BY THE MINISTER'S REPRESENTATIVE (to the person concerned No. 1):

Q. What did you learn through the international press?

A. (Inaudible) tortures, atrocities by the Mobutu regime, we learned about it through the international press. [Emphasis added.]

[20] In view of this evidence, and notwithstanding the acknowledgement of a certain reticence on the part of the male applicant in his testimony, I am of the opinion that it was unreasonable for the Refugee Division to conclude that the applicant said he was unaware of the acts of

- Oui et alors, on les arrêtaient simplement, puis on mettait ces gens-là en détention, c'est tout.

R. Je ne le sais, on les arrêtaient. Ça c'est connu de tout le monde, oui.

PAR LE REPRÉSENTANT DE LA MINISTRE (à la personne en cause n° 1)

- Vous saviez que les gens étaient arrêtés, mis en prison.

Q. Mais vous ne saviez pas ce qui se passait dans les prisons?

R. Ça je ne sais pas.

Q. Vous avez jamais entendu parler, à ce moment-là, de ce qui se passait dans les prisons?

R. Mais, ça je ne sais pas.

PAR L'AGENTE CHARGÉE DE LA REVENDICATION (à la personne en cause n° 1)

Q. Est-ce que c'était connu dans la population, Monsieur, ce qui se passait en prison?

R. Pardon?

Q. Dans la population, en général, à votre connaissance, est-ce qu'il était connu ce qui se passait en prison?

R. Bien certainement, à partir (inaudible), à partir des membres. S'il y a eu des membres de la famille qui ont été arrêtés. Mais moi, à ma connaissance, je ne sais pas dire quelque chose (inaudible).

Q. Est-ce que vous avez déjà été curieux de savoir ce qui arrivait à ces gens qui étaient arrêtés?

R. La curiosité comme telle, pas du tout, bien on apprenait ça par la presse de la commu [. . .] la presse internationale.

PAR LE REPRÉSENTANT DE LA MINISTRE (à la personne en cause n° 1)

Q. Qu'est-ce que vous appreniez par la presse internationale?

R. (Inaudible) tortures, exactions du régime Mobutu, ça on a appris par la presse internationale. [Je souligne.]

[20] Compte tenu de cette preuve et malgré le constat d'une certaine réticence de la part du demandeur dans son témoignage, je suis d'avis qu'il était déraisonnable pour la section du statut de conclure que le demandeur aurait dit qu'il n'était pas au courant des actes de torture

torture under the Mobutu regime. The Refugee Division erred, therefore, in concluding that the applicant lacked credibility in this regard.

[21] The Refugee Division did not accept the applicant's explanations that some pages were missing from his old passports because of faulty manufacture. Rather, it relied on the expertise of specialists who said the pages had been removed. And it found that this part of the applicant's testimony seriously undermined his credibility.

[22] I note that the old passports are dated 1986 and 1992 respectively. The applicant's claim is essentially based on events that occurred between 1997 and 1999. So, even if I were to find that the Refugee Division was entitled to conclude that the passports had been deliberately altered, this determination, by itself, could not justify the rejection of the claim. It is only one factor to be considered and certainly not a decisive one.

[23] The Refugee Division also criticized the male applicant for contradicting himself in his testimony when he said he was not close to Mobutu, while in his PIF he wrote that he had met Mobutu. The fact that he had a discussion with Mobutu along with other reformers does not necessarily lead to the conclusion that the applicant is a "close associate of Mobutu". I do not see any contradiction in this. In my opinion, there is no basis in the evidence for this finding of a contradiction by the Refugee Division. According to his testimony, the applicant never said he was a close associate of Mobutu. The Refugee Division inferred as much, from the evidence as a whole. Even if this were regarded as a reasonable inference by the Division, I do not see how it could be concluded that the applicant contradicted himself in this regard. In my opinion, the Refugee Division erred in its assessment of the evidence in drawing this conclusion.

[24] I therefore find, for these reasons, that the Refugee Division's conclusion that the male applicant lacked credibility is patently unreasonable.

sous le régime Mobutu. La section du statut a donc erré en minant la crédibilité du demandeur en concluant comme elle l'a fait.

[21] La section du statut n'a pas retenu les explications du demandeur à l'effet que des pages manquaient dans ses anciens passeports à cause d'une mauvaise fabrication. La section du statut s'est plutôt fié à l'expertise de spécialistes qui disaient que les pages auraient été enlevées. La section du statut a déterminé que cette partie du témoignage du demandeur a grandement miné sa crédibilité.

[22] Je constate que les anciens passeports datent respectivement de 1986 et 1992. La revendication du demandeur se fonde essentiellement sur des événements ayant eu lieu de 1997 à 1999. Alors, même si je déterminais qu'il était loisible à la section du statut de conclure que les passeports avaient été altérés de façon délibérée, cette détermination, à elle seule, ne peut justifier le rejet de la revendication. Ce n'est qu'un facteur à être considéré et certes pas un facteur déterminant.

[23] La section du statut reproche aussi au demandeur de s'être contredit dans son témoignage lorsqu'il aurait dit qu'il n'était pas près de Mobutu, alors que dans son FRP, il a écrit avoir rencontré Mobutu. Le fait d'avoir eu un entretien avec Mobutu avec d'autres réformateurs ne mène pas nécessairement à la conclusion que le demandeur est un «proche de Mobutu». Je n'y constate pas une contradiction. Je suis d'avis que cette contradiction déterminée par la section du statut n'est pas fondée au regard de la preuve. Selon son témoignage, le demandeur n'aurait jamais dit qu'il était un proche de Mobutu. La section du statut en a inféré autant, et ce, de l'ensemble de la preuve. Même si on voyait là une inférence raisonnable de la part de la section du statut, je ne vois pas comment on pourrait conclure que le demandeur s'est contredit à ce sujet. Je suis d'avis que la section du statut a erré dans son appréciation de la preuve en concluant ainsi.

[24] Je détermine donc, pour ces motifs, que la conclusion de la section du statut à l'effet que le demandeur est non crédible est manifestement déraisonnable.

[25] The male applicant further submits that he was persecuted by the new so-called Kabila regime because he was a member of the MPR under the old regime, and because he continued to work within this party notwithstanding the prohibition of political activities decreed by this new regime. The applicant also argues that some members of his party or his ethnic group or his province of origin had participated from August 1998 on in a rebellion against the new Kabila regime. In his PIF, the applicant states that once the new Kabila regime came to power he was harassed for three months by the authorities of the new regime. He was called in repeatedly and prohibited from leaving the city of Kinshasa or having any contact with the family plantation of which he was the director. In 1998, this plantation was looted by the Kabila forces. And he was detained in the residence of Litho Moboti, where he alleges he was “mentally tortured”. The Refugee Division conducted no analysis of this evidence and drew no conclusion as to whether the applicant’s fear of persecution was reasonable in these circumstances.

[26] In view of my subsequent determination in these reasons that the Refugee Division erred in ruling that the male applicant should be excluded, I am of the opinion that it was essential to consider the evidence and the applicant’s claims regarding his reasonable fear of persecution under the Kabila regime, and this was not done. In my opinion, this is a reviewable error that warrants the intervention of this Court.

Exclusion—The Act

[27] In *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306 (C.A.), Mr. Justice MacGuigan commented, at page 314, that the Minister had the burden of establishing that the claimant was covered by one of the exclusion clauses under the Convention:

There was no issue between the parties as to which party bore the onus. Both agreed that the burden of establishing serious reasons for considering that international offences had been committed rested on the party asserting the existence of such reasons, i.e., the respondent. Aside from avoiding the proving of a negation by a claimant, this also squares with the onus under paragraph 19(1)(f) of the Act, according to which it is the Government that must establish that it has reasonable

[25] De surcroît, le demandeur soutient qu’il fut persécuté par le nouveau régime dit de «Kabila» parce qu’il a été membre du MPR sous l’ancien régime, parce qu’il a continué d’œuvrer au sein de ce parti malgré l’interdiction des activités politiques décrétée par ce nouveau régime. Le demandeur soutient également que des membres de son parti ou de son ethnie ou de sa province d’origine participent depuis août 1998 dans un mouvement de rébellion contre ledit nouveau régime de «Kabila». Dans son FRP, le demandeur déclare dès l’avènement du nouveau régime de «Kabila» avoir été harcelé pour une période de trois mois par les autorités du nouveau régime. Il subit des convocations répétées avec interdictions de quitter la ville de Kinshasa et interdiction de contact avec la plantation familiale qu’il dirigeait. En 1998, cette plantation fut pillée par les Forces de Kabila. Enfin, sa détention dans la résidence de Litho Moboti où il allègue avoir été «torturé mentalement». La section du statut n’a procédé à aucune analyse de ces éléments de preuve ni tiré aucune conclusion quant à la crainte raisonnable de persécution du demandeur dans ces circonstances.

[26] Compte tenu de ma détermination subséquente dans ces motifs, à l’effet que la section du statut a erré en concluant à l’exclusion du demandeur, je suis d’avis qu’il était essentiel de considérer les éléments de preuve et les prétentions du demandeur en ce qui a trait à sa crainte raisonnable de persécution sous le régime Kabila, ce qui n’a pas été fait. À mon avis, c’est une erreur révisable qui mérite l’intervention de cette Cour.

L’exclusion—La loi

[27] Dans la décision *Ramirez c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306 (C.A.), M. le juge MacGuigan a fait remarquer que le ministre avait le fardeau d’établir que le revendicateur était visé par l’une des clauses d’exclusion prévues par la Convention, à la page 314:

La question de savoir qui assume le fardeau de la preuve n’est pas en litige. Les deux parties s’entendent sur le fait que c’est à la partie qui invoque l’existence de raisons sérieuses de penser que des infractions internationales ont été commises qu’il incombe de les prouver, c’est-à-dire l’intimé. En plus d’éviter aux demandeurs d’avoir à prouver un élément négatif, cette attribution du fardeau est également conforme à l’alinéa 19(1)f) de la Loi, qui impose au gouvernement la

grounds for excluding claimants. For all of these reasons, the Canadian approach requires that the burden of proof be on the Government, as well as being on a basis of less than the balance of probabilities.

[28] MacGuigan J.A. then stated that the Convention's use of the word "committed" implied a mental element. He characterized this mental element as follows, at pages 316-317:

From the premise that a *mens rea* interpretation is required, I find that the standard of "some personal activity involving persecution," understood as implying a mental element or knowledge, is a useful specification of *mens rea* in this context. Clearly no one can "commit" international crimes without personal and knowing participation.

[29] Also in the *Ramirez* decision, *supra*, the Federal Court of Appeal laid down the applicable principles where the Minister is seeking to exclude a party from the protection of the Convention, pursuant to paragraph 1F(a) of the Convention. The following principles are applicable in this case:

- (a) the Minister always has the burden of legally establishing that the claimant is an accomplice in international crimes;
- (b) the burden of proof is less than the balance of probabilities;
- (c) as a general rule, "mere membership" in an organization involved in the perpetration of international crimes is not sufficient to exclude the interested party (other than where it is established that the very existence of the organization in question is primarily intended for limited, brutal purposes);
- (d) complicity requires the "personal and knowing participation" of the claimant in the perpetration of international crimes; and
- (e) complicity is based on the existence of a shared common purpose and knowledge that all the parties in question have of it.

[30] The general rule, as it is recognized by the decisions of this Court (*Moreno v. Canada (Minister of*

charge de démontrer qu'il a des motifs raisonnables d'exclure les demandeurs. Pour toutes ces raisons, la procédure appliquée au Canada exige que le gouvernement assume la charge de la preuve et que la norme de preuve soit moindre que la prépondérance des probabilités.

[28] Le juge MacGuigan a ensuite dit que l'emploi du mot «commis» figurant dans la Convention comporte un élément moral. Il a décrit cet élément moral comme suit aux pages 316 et 317:

En partant de la prémisse qu'une interprétation faisant intervenir la *mens rea* est nécessaire, j'estime que le critère de la «forme d'activité personnelle de persécution», pris comme comportant un élément moral ou une connaissance, constitue une indication utile de la *mens rea* dans ce contexte. À l'évidence, personne ne peut avoir «commis» des crimes internationaux sans qu'il n'y ait eu un certain degré de participation personnelle et consciente.

[29] Toujours dans l'arrêt *Ramirez, supra*, la Cour d'appel fédérale a énoncé les principes devant être suivis lorsque le ministre cherche à exclure l'intéressé de la protection de la Convention, suite à l'application de l'alinéa Fa) de l'article premier de celle-ci. Les principes suivants sont applicables en l'espèce:

- a) le ministre a toujours la charge d'établir sur le plan juridique que le revendicateur est complice des crimes internationaux;
- b) le fardeau de la preuve est moindre que la prépondérance des probabilités;
- c) en règle générale, la «simple appartenance» à une organisation mêlée à la perpétration de crimes internationaux n'est pas suffisante pour exclure l'intéressé; (sauf là où il est établi que l'existence même de l'organisation en cause vise principalement des fins limitées et brutales).
- d) la complicité exige la «participation personnelle et consciente» du revendicateur à la perpétration des crimes internationaux; et
- e) la complicité se fonde sur l'existence d'une intention commune et de la connaissance que toutes les parties en cause en ont.

[30] La règle générale reconnue par la jurisprudence de cette Cour (*Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi*

Employment and Immigration), [1994] 1 F.C. 298 (C.A.)), is that mere membership in an organization involved in the perpetration of international crimes is not enough to trigger the exclusion provision. However, there is an exception to the general rule when the very existence of the organization in question is primarily intended for a limited, brutal purpose. Then there is a rebuttable presumption of complicity (*Saridag v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*) (1994), 85 F.T.R. 307 (F.C.T.D.). That is why, in such circumstances, it is important, before acting on this presumption of complicity, to characterize the organization with irrefutable evidence.

[31] The question of complicity was also considered by Madam Justice Reed in *Penate v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 2 F.C. 79 (T.D.). Following an analysis of the decisions in *Ramirez, supra*, *Moreno, supra*, and *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433 (C.A.), Reed J. concluded, at pages 84-85:

As I understand the jurisprudence, it is that a person who is a member of the persecuting group and who has knowledge that activities are being committed by the group and who neither takes steps to prevent them occurring (if he has the power to do so) nor disengages himself from the group at the earliest opportunity (consistent with safety for himself) but who lends his active support to the group will be considered to be an accomplice. A shared common purpose will be considered to exist. I note that the situation envisaged by this jurisprudence is not one in which isolated incidents of international offences have occurred but where the commission of such offences is a continuous and regular part of the operation.

[32] Likewise, in *Sivakumar, supra*, the Court of Appeal, following *Ramirez, supra*, explained that a person may be considered “an accomplice through association” and laid down the following principles:

- Complicity through association can mean that individuals may be rendered responsible for the acts of others because of their close association with the principal actors.
- Furthermore, the case for an individual’s complicity in international crimes committed by his or her organization is stronger if the individual member in question holds a

et de l’Immigration), [1994] 1 C.F. 298 (C.A.)) est que la simple appartenance à une organisation impliquée dans la perpétration de crimes internationaux ne permet pas d’invoquer la disposition d’exclusion. La règle générale connaît cependant une exception lorsque l’existence même de l’organisation en cause vise principalement des fins limitées et brutales. Il y a alors une présomption réfutable de complicité (*Saridag c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*) (1994), 85 F.T.R. 307 (C.F. 1^{re} inst.). C’est pourquoi, dans de telles circonstances, il est important, avant de donner lieu à cette présomption de complicité, de caractériser l’organisation avec une preuve indéniable.

[31] La question de complicité a aussi été considérée par M^{me} le juge Reed dans l’arrêt *Penate c. Canada (Ministre de la l’Emploi et de l’Immigration)*, [1994] 2 C.F. 79 (1^{re} inst.). Suite à une analyse des arrêts *Ramirez, supra*, *Moreno, supra*, et *Sivakumar c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433 (C.A.), le juge Reed a conclu ainsi aux pages 84 et 85:

Selon mon interprétation de la jurisprudence, sera considéré comme complice quiconque fait partie du groupe persécuteur, qui a connaissance des actes accomplis par ce groupe, et qui ne prend pas de mesures pour les empêcher (s’il peut le faire) ni ne se dissocie du groupe à la première occasion (compte tenu de sa propre sécurité), mais qui l’appuie activement. On voit là une intention commune. Je fais remarquer que la jurisprudence susmentionnée ne vise pas des infractions internationales isolées, mais la situation où la perpétration de ces infractions fait continûment et régulièrement partie de l’opération.

[32] Également, dans *Sivakumar, supra*, la Cour d’appel, s’appuyant sur *Ramirez, supra*, a précisé qu’une personne peut être considérée «complice par association» et a énoncé les principes suivants:

- La complicité par association s’entend du fait qu’un individu peut être tenu responsable d’actes commis par d’autres et ce, en raison de son association étroite avec les auteurs principaux.
- En outre la complicité d’un individu dans des crimes internationaux est d’autant plus probable lorsqu’il occupe des fonctions importantes dans l’organisation qui

position of importance within the organization. The closer one is to being a leader rather than an ordinary member, the more likely it is that an inference will be drawn that one knew of the crime and shared the organization's purpose in committing that crime.

- In such circumstances, an important factor to consider is evidence that the individual protested against the crime or tried to stop its commission or attempted to withdraw from the organization.

- Association with an organization responsible for the perpetration of international crimes may constitute complicity if there is personal and knowing participation or toleration of the crimes.

[33] Moreover, in *Bazargan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 205 N.R. 282, the Federal Court of Appeal held that "personal and knowing participation" may be direct or indirect and does not require formal membership in the organization that is ultimately engaged in the condemned activities. It is not working within an organization that makes someone an accomplice to the organization's activities, but knowingly contributing to those activities in any way or making them possible, whether from within or from outside the organization. Those who become involved in an operation that is not theirs, but that they know will probably lead to the commission of an international offence, lay themselves open to the application of the exclusion clause in the same way as those who play a direct part in the operation.

Exclusion

[34] In the case at bar, the Refugee Division determined that the male applicant could not be accorded refugee status pursuant to paragraph 1F(a) of the Convention. In its opinion, he had been an accomplice in crimes against humanity. It relied in particular on the conclusion that the applicant was sufficiently close to Mobutu, the former president, to make him an accomplice of Mobutu's regime.

[35] Before analyzing this aspect of the decision, it is important to make two observations. First, it is not disputed that the Mobutu regime practised torture and was responsible for "international crimes". These acts of

les a commis. Plus l'intéressé se trouve aux échelons supérieurs de l'organisation, plus il est vraisemblable qu'il était au courant du crime et partageait le but poursuivi par l'organisation dans la perpétration de celui-ci.

- Dans ces conditions, un facteur important à prendre en considération est la preuve que l'individu s'est opposé au crime ou a essayé d'en prévenir la perpétration ou de se retirer de l'organisation.

- L'association avec une organisation responsable de la perpétration de crimes internationaux peut emporter complicité si l'intéressé a personnellement participé à ces crimes ou les a sciemment tolérés.

[33] Par ailleurs, dans l'arrêt *Bazargan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 205 N.R. 282, la Cour d'appel a établi qu'une «participation personnelle et consciente» peut être directe ou indirecte et ne requiert pas l'appartenance formelle au groupe qui, en dernier ressort, s'adonne aux activités condamnées. Ce n'est pas tant le fait d'œuvrer au sein d'un groupe qui rend quelqu'un complice des activités du groupe que le fait de contribuer, de près ou de loin, de l'intérieur ou de l'extérieur, en toute connaissance de cause, aux dites activités ou de les rendre possibles. Celui qui met sa propre roue dans l'engrenage d'une opération qui n'est pas la sienne mais qu'il sait qu'elle mènera vraisemblablement à la commission d'une crime international s'expose à l'application de la clause d'exclusion au même titre que celui qui participe directement à l'opération.

L'exclusion

[34] En l'espèce, la section du statut a déterminé que le demandeur ne pouvait bénéficier du statut de réfugié en vertu de l'alinéa 1F(a) de la Convention. Elle a estimé qu'il avait commis, à titre de complice, des crimes contre l'humanité. Elle s'est fondée notamment sur la conclusion que le demandeur était suffisamment proche de l'ex-président Mobutu pour faire de lui un complice de son régime.

[35] Avant de procéder avec cette analyse en l'espèce, il est important de faire deux constatations: premièrement, il n'est pas contesté que le régime Mobutu pratiquait la torture et était responsable de «crimes

torture are covered by the definition of crimes against humanity as an “inhumane act or omission that is committed against any civilian population or any identifiable group” within the meaning of subsections 6(3) to 6(5) of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24. (Paragraph 35(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act).) I am satisfied, therefore, that the Refugee Division could reasonably reach this conclusion on the basis of the documentary evidence that was before it.

[36] Secondly, the organization in this case, the Mobutu regime, has not been characterized as an “organization pursuing a limited, brutal purpose”. So it is inappropriate to apply the presumption that would exclude the applicant solely by virtue of his membership in such an organization. In the instant case, the characterization of the association was not made by the Refugee Division and in my opinion is not essential in the circumstances.

[37] In order to reach its conclusion of complicity through association, then, the Refugee Division had to be satisfied by the evidence that “the individual’s participation must be personal and knowing”. Complicity in an offence rests on a shared common purpose. (*Penate, supra*, at page 84.)

[38] In its reasons, the Refugee Division determined that [TRANSLATION] “The claimant had personal and knowing awareness of these acts (international crimes); by his position, he could not have been ignorant or unconscious of the actions committed by the regime to which he belonged.”

[39] The record clearly establishes that the male applicant was aware of the international crimes and atrocities of the Mobutu regime. I reproduce his examination at the hearing of August 11, 2000, at pages 679-680:

[TRANSLATION]

BY THE MINISTER’S REPRESENTATIVE (to the person concerned No. 1):

- Q. What did you learn through the international press?
- A. (Inaudible) tortures, atrocities by the Mobutu regime, we learned about it through the international press.

internationaux». Ces actes de torture sont visés par la définition de crimes contre l’humanité en tant qu’«actes inhumains commis contre la population civile ou un groupe identifiable de personnes» au sens des paragraphes 6(3) à (5) de la *Loi sur les crimes contre l’humanité et des crimes de guerre*, L.C. 2000, ch. 24. (Alinéa 35(1)b) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, (la Loi).) Je suis donc satisfait que la preuve documentaire devant la section du statut lui permettait de raisonnablement conclure ainsi.

[36] En deuxième lieu, en l’espèce, l’organisation, le régime Mobutu, n’a pas été caractérisé comme étant une «organisation poursuivant une fin limitée et brutale». Alors, il n’y a pas lieu d’appliquer la présomption qui verrait le demandeur exclu uniquement en vertu de son appartenance à une telle organisation. En l’espèce, la caractérisation de l’association n’a pas été faite par la section du statut et, à mon avis, n’est pas essentielle dans les circonstances.

[37] Alors, pour en venir à sa conclusion de complicité par association, la section du statut devait donc être satisfaite au regard de la preuve que le complice «doit y avoir participé» personnellement et sciemment. La complicité dans la perpétration d’une infraction repose sur l’intention commune. (*Penate, supra*, à la page 84.)

[38] Dans ses motifs la section du statut a déterminé que «Le demandeur avait connaissance personnelle et consciente de ces actes (crimes internationaux); de par son poste, il ne pouvait ignorer ou être inconscient des actions commises par le régime dont il faisait partie.»

[39] La preuve établit clairement que le demandeur était au courant des crimes internationaux et des exactions du régime Mobutu. Je reprends l’interrogatoire du demandeur lors de l’audience du 11 août 2000 aux pages 679 et 680:

PAR LE REPRÉSENTANT DE LA MINISTRE (à la personne en cause n° 1)

- Q. Qu’est-ce que vous appreniez par la presse internationale?
- R. (Inaudible) tortures, exactions du régime Mobutu, ça, on a appris par la presse internationale.

BY THE REFUGEE CLAIM OFFICER (to the person concerned No. 1):

Q. When did you learn that, Sir?

A. But while, while, while our legislature, we were following it through the. . . we followed it through the RFI.

Q. When exactly, Sir? When?

A. While Mobutu was there until at least 90, before the proclamation of the democratic process in April 90.

Q. So, you knew. . .

A. I can't say exactly, but it was going on.

Q. While you were a deputy did you read in the international press that there was torture, which was being practised by?

A. Yes, by those who held power, in particular the army, the security service.

Q. So, you were aware?

A. Yes.

- Thank you.

[40] So, in the case at bar, the decisive point on the question of complicity that is said to justify exclusion is whether the applicant had personally and knowingly participated in these "international crimes" and whether there was a shared common purpose.

[41] The applicant submits that he was nothing but a mere deputy with no decision-making power as a member of the legislative component of the government. In this regard, the respondent notes that the documentary evidence establishes that the deputies were first elected by the MPR and then put forward for popular approval. The Minister maintains that in matters of complicity, the applicable test is that of personal and knowing participation. Lack of decision-making power is but one factor among others to be weighed. The respondent argues, moreover, that the notion of complicity was developed precisely in order to cover the case of persons who do not have decision-making power but who, because of their association with those who do, may nevertheless be considered guilty, quotes *Gutierrez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 30 Imm. L.R. (2d) 106 (F.C.T.D.), at paragraph 30:

PAR L'AGENTE CHARGÉE DE LA REVENDICATION (à la personne en cause n° 1)

Q. Quand avez-vous appris ça. Monsieur?

R. Mais pendant, pendant, pendant notre législature, on le suivant par la [. . .] on le suivait par la RFI.

Q. Quand exactement Monsieur? Quand?

R. Pendant que Mobutu était là, jusqu'au moins 90, avant la proclamation du processus démocratique au mois d'avril 90.

Q. Donc, vous le saviez [. . .]

R. Je ne peux pas dire avec exactitude, mais cela se passait.

Q. Pendant que vous étiez député est-ce que vous avez lu dans la presse internationale qu'il y avait de la torture qui était pratiquée par?

R. Oui, par ceux qui détenaient le pouvoir, notamment l'armée, le service de sécurité.

Q. Donc, vous étiez au courant?

R. Oui.

- Merci.

[40] Alors, en l'espèce, le point déterminant sur la question de complicité qui justifierait l'exclusion est de savoir si le demandeur avait participé personnellement et sciemment à ces «crimes internationaux» et s'il y avait une intention commune.

[41] Le demandeur soumet qu'il n'était qu'un simple député avec aucun pouvoir décisionnel en tant que membre de la composante législative du gouvernement. À ce sujet, la défenderesse fait remarquer que la preuve documentaire établit que les députés étaient d'abord élus par le MPR et ensuite soumis à l'approbation populaire. Elle maintient qu'en matière de complicité, le critère applicable est celui de la participation personnelle et consciente. L'absence de pouvoir décisionnel n'est qu'un facteur parmi d'autres à considérer. La défenderesse soutient par ailleurs que la notion de complicité a été développée justement pour couvrir le cas des personnes qui n'ont pas de pouvoir décisionnel mais qui, en raison de leur association avec ceux qui en ont, peuvent quand même être considérées comme étant coupables, et elle cite *Gutierrez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 30 Imm. L.R. (2d) 106 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 30:

Although *Sivakumar* and *Penate* dealt with situations in which the person had served the organization in various positions of leadership, a person in a low-ranking position may also be found to have shared a common purpose with the organization if he continues in the organization after becoming aware that international offenses are being committed by those involved in it, and does not take the earliest opportunity to leave the organization.

[42] I agree with the respondent's submissions that the lack of decision-making power is only one factor among others to be considered in relation to complicity. In my opinion, it is also necessary to consider the other factors concerning the actions and activities of the applicant and the role he allegedly played at the time within the regime.

[43] The record shows that after losing his elections, the applicant agreed to serve in the office of the president of the republic as an analyst responsible for reviewing presidential political strategies. This assignment occurred at a time when the applicant was aware of the criminal acts committed by the Mobutu regime. He was personally appointed by President Mobutu. We note as well that 10 days after this assignment, the regime announced the return to a democratic political process. According to the applicant, he was the instigator of this process, which earned him political isolation and possibly the loss of his position.

[44] The applicant submits that the legislative component and persons who are members of a political party are not generally targeted by the exclusion clause since they do not participate in the decision-making processes involved in the commission of crimes against humanity. This reality, he says, is reflected in the Act, in particular in paragraph 19(1)(f) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11] and subsection 19(1.1) [as enacted *idem*] of the former *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, which under section 190 of the *Immigration and Refugee Protection Act* are essentially reproduced in paragraph 35(1)(b) of the latter Act and section 16 of the Regulations thereunder [*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227], which I reproduce below:

Les arrêts *Sivakumar* et *Penate* portaient sur des situations dans lesquelles la personne en cause avait occupé, au sein de l'organisation, divers postes de direction, mais une personne occupant un poste subalterne peut également être considérée comme ayant partagé un objectif commun avec l'organisation si elle continue à en faire partie après avoir appris que des infractions internationales sont commises par ceux qui participent aux activités de l'organisation et qu'elle ne quitte pas l'organisation à la première occasion.

[42] Je suis en accord avec les soumissions du défendeur à l'effet que l'absence du pouvoir décisionnel n'est qu'un facteur parmi d'autres à considérer en matière de complicité. À mon avis, il est aussi nécessaire de considérer les autres facteurs concernant les agissements et activités du demandeur ainsi que le rôle qu'il aurait joué à l'époque au sein du régime.

[43] La preuve démontre qu'après avoir perdu ses élections, le demandeur a accepté de servir au bureau du président de la république en qualité d'analyste chargé d'étude de stratégies politiques de la présidence. Cette affectation est survenue à une époque où le demandeur était conscient des actes criminels commis par le régime Mobutu. Il fut personnellement désigné par le président Mobutu. On constate aussi que 10 jours après cette affectation, le Régime annonçait le retour à un processus politique démocratique. Selon le demandeur, il était l'instigateur de ce processus qui lui aurait valu un isolement politique et la perte éventuelle de son poste.

[44] Le demandeur soumet que la composante législative et les personnes membres d'un parti politique ne sont généralement pas ciblées par la clause d'exclusion puisque ces derniers ne prennent pas part aux processus décisionnels pour commettre des crimes contre l'humanité. Selon le demandeur, cette réalité est reflétée dans la Loi notamment, l'alinéa 19(1)f) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11] et le paragraphe 19(1.1) [édicte, *idem*] de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), c. I-2, qui en vertu de l'article 190 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* se trouvent essentiellement reproduits à l'alinéa 35(1)b) de ladite Loi et à l'article 16 des Règlements de la même Loi [*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227], que je reproduis ci-dessous.

Immigration and Refugee Protection Act

35. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of violating human or international rights for

...

(b) being a prescribed senior official in the service of a government that, in the opinion of the Minister, engages or has engaged in terrorism, systematic or gross human rights violations, or genocide, a war crime or a crime against humanity within the meaning of subsections 6(3) to (5) of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*; or

Immigration and Refugee Protection Regulations

16. For the purposes of paragraph 35(1)(b) of the Act, a prescribed senior official in the service of a government is a person who, by virtue of the position they hold or held, is or was able to exert significant influence on the exercise of government power or is or was able to benefit from their position, and includes

- (a) heads of state or government;
- (b) members of the cabinet or governing council;
- (c) senior advisors to persons described in paragraph (a) or (b);
- (d) senior members of the public service;
- (e) senior members of the military and of the intelligence and internal security services;
- (f) ambassadors and senior diplomatic officials; and
- (g) members of the judiciary.

[45] In the case at bar, the position held by the male applicant at the time, that of deputy or member of parliament, is not listed in section 16 of the Regulations. It may therefore be concluded that deputies are not persons who, by virtue of the position they hold or held, are or were necessarily persons able to exert significant influence on the exercise of governmental power. This does not exclude a situation in which such influence could be established in light of the evidence, where appropriate.

[46] The male applicant, in his oral evidence, described the governmental structure of the Democratic

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés

35. (1) Emportent interdiction de territoire pour atteinte aux droits humains ou internationaux les fait suivants:

[...]

b) occuper un poste de rang supérieur—au sens du règlement—au sein d'un gouvernement qui, de l'avis du ministre, se livre ou s'est livré au terrorisme, à des violations graves ou répétées des droits de la personne ou commet ou a commis un génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre au sens des paragraphes 6(3) à (5) de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*;

Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés

16. Pour l'application de l'alinéa 35(1)b) de la Loi, occupent un poste de rang supérieur au sein d'une administration les personnes qui, du fait de leurs actuelles ou anciennes fonctions, sont ou étaient en mesure d'influencer sensiblement l'exercice du pouvoir par leur gouvernement ou en tirent ou auraient pu en tirer certains avantages, notamment:

- a) le chef d'État ou le chef du gouvernement;
- b) les membres du cabinet ou du conseil exécutif;
- c) les principaux conseillers des personnes visées aux alinéas a) et b);
- d) les hauts fonctionnaires;
- e) les responsables des forces armées et des services de renseignement ou de sécurité intérieure;
- f) les ambassadeurs et les membres du service diplomatique de haut rang;
- g) les juges.

[45] En l'espèce, le poste qu'occupait le demandeur à l'époque, notamment celui de député, ne figure pas à la liste énumérée à l'article 16 du Règlement. De là on peut conclure que les députés ne sont pas des personnes qui, du fait de leurs actuelles ou anciennes fonctions, sont ou étaient nécessairement des personnes en mesure d'influencer sensiblement l'exercice du pouvoir de leur gouvernement. Cela n'empêche pas une situation où une telle influence pourrait être établie à la lumière de la preuve, si il y a lieu.

[46] Dans son témoignage, le demandeur a fait état de la structure gouvernementale de la République

Republic of the Congo at the time when he was a deputy. He testified that, as a deputy, he did not participate in any way within the sphere of authority. At pages 630-631 and 664 of the hearing transcript, he said:

[TRANSLATION] I want to clarify something. What I am saying, and I can't be blamed for this, is that I evolved in the party's legislative organ. I was not a part of the executive organ. In any case, by executive, I mean the government, the duties of the governor, of the provinces, that is, the people who, who, who. . . who had to assume the executive duties I have just cited and if they were to blame for something — and this is simply normal in the interests of their security — they left the country.

. . .

This is because the legislative power was not the executive power. The executive power was the government, it is the executive power that was responsible for implementing the good laws that were made at the time. But the govern . . . the executive council did not do this.

Although he sat on a legal and national defence subcommittee, the applicant says he had no relationship to and played no role with the security forces. He also testified that in his capacity as a deputy and member of the subcommittee of the interior and national defence he was mandated to travel throughout the country and to prepare reports that could be submitted to the Parliament. These reports, he says, in addition to dealing with day-to-day problems of health and transportation, also dealt with problems pertaining to the security of property and the safety of individuals. He also testified, at page 675 of the hearing transcript:

[TRANSLATION] The reports were the change in conduct toward public officers, so they would not commit atrocities against the civilian population.

[47] Moreover, there is no evidence to show that the applicant, as a deputy, participated in the promotion or preparation of laws supporting the criminal objectives of the Mobutu regime. Rather, the applicant's testimony points to some evidence which, in my opinion, does not demonstrate that the applicant shared a "common purpose" with the Mobutu regime in regard to the perpetration of crimes against humanity, for example:

(a) the applicant was elected deputy in 1982 and sat with no decision-making or executive authority;

démocratique du Congo à l'époque où il était député. Il a témoigné que, en tant que député, il n'avait aucune participation dans la sphère du pouvoir. Aux pages 630 et 631 et 664 de la transcription de l'audience, il a dit:

Je veux porter une précision. Quand je parle, rien à me reprocher, c'est-à-dire moi j'ai évolué dans l'organe législatif du parti. Je ne faisais pas partie dans l'organe exécutif. De toute façon exécutif, j'entends par là le gouvernement, les fonctions du gouverneur, des provinces, c'est-à-dire les gens qui, qui, qui [. . .] qui ont eu à assumer les fonctions exécutives dont je viens de citer et s'ils avaient quelque chose à se faire reprocher, et ce n'est que normal pour leur sécurité, ils ont quitté le pays.

[. . .]

C'est parce que le pouvoir législatif n'était pas le pouvoir exécutif. Le pouvoir exécutif c'était le gouvernement, c'est le pouvoir exécutif qui était chargé d'exécuter les, bonne lois qui étaient prises à l'époque. Mais le gouver [. . .] le conseil exécutif ne le faisait pas.

Bien qu'il siégeait sur un sous-comité judiciaire et de la défense nationale, le demandeur dit n'avoir eu aucun lien et joué aucun rôle avec les forces de sécurité. Il a aussi témoigné qu'en sa qualité de député et membre de la sous-commission de l'intérieur et de la défense nationale, il était mandaté de circuler à travers le pays et préparer des rapports qui éventuellement étaient remis au Parlement. Selon le demandeur, ces rapports, en plus de traiter de problèmes quotidiens de santé et de problèmes de transport, traitaient aussi des problèmes qui se rapportaient à la sécurité des biens et des personnes. Il a témoigné aussi à la page 675 de la transcription de l'audience:

Les rapports étaient le changement de comportement vis-à-vis des agents de l'ordre, pour ne pas commettre des exactions vis-à-vis de la population civile.

[47] Par ailleurs, il n'y a aucune preuve pour démontrer que le demandeur en tant que député a participé à la promotion ou à la préparation de lois appuyant les objectifs criminels du régime Mobutu. Il ressort plutôt du témoignage du demandeur des éléments de preuve qui, à mon avis, ne démontrent pas que le demandeur partageait avec le régime Mobutu une «intention commune» en ce qui a trait à la perpétration de crimes contre l'humanité, notamment:

a) le demandeur a été élu député en 1982 et siégeait avec aucun pouvoir décisionnel ou exécutif;

(b) as a member of parliamentary committees, he prepared reports with a view to improving the everyday life of the people, including reports affecting police officers and atrocities against the civilian population;

(c) soon after being appointed an analyst in the office of the President, he launched the idea of a reform current within the party, an idea that was welcomed by the regime;

(d) this movement was not appreciated by Mobutu's close collaborators and the applicant, as a result, was intimidated, threatened, politically isolated and even placed under house arrest, eventually losing his position in the office of the president in December 1992;

(e) subsequently, while continuing to advocate the appropriateness of reform, he devoted his efforts to the Red Cross and the administration of his family's plantation, among other things;

(f) in 1996, the Mobutu regime was clearly heading toward defeat if it did not change, and the applicant was invited to describe his proposed reforms to the President. On that occasion, he denounced the undemocratic practices of the regime;

(g) there was no follow-up to these discussions with the country's leaders, given the cancer that then affected Mobutu;

(h) in December 1996, after the return of Mobutu, who had been abroad for treatment, and while the country was being attacked by Kabila's rebels (who eventually triumphed in May 1997), the group of reformers, including the applicant, suggested to Mobutu that he resign in order to find a solution to this rebellion, which made his overthrow the principal ideological objective of the reformers.

[48] This evidence in no way attributes to the applicant a "shared common purpose" with the Mobutu regime in the perpetration of crimes against humanity. For one thing, the evidence established that the applicant was denouncing the regime's undemocratic practices, and there was also undisputed evidence that the applicant had been deprived of his position in the office of the president and had been isolated because of his reform ideas.

b) en tant que membre de comités parlementaires, il préparait des rapports en vue d'améliorer le quotidien de la population, y inclus des rapports affectant des agents de l'ordre ainsi que des exactions vis-à-vis la population civile;

c) peu après avoir été nommé analyste au bureau de la présidence, il lance l'idée d'un courant réformateur au sein du parti, idée qui est accueillie par le Régime;

d) ce mouvement n'a pas été apprécié par les proches collaborateurs de Mobutu et le demandeur, par la suite, a été intimidé, menacé, isolé politiquement et même mis en résidence surveillée pour enfin perdre son poste au bureau de la présidence en décembre 1992;

e) par la suite, tout en continuant de faire valoir l'opportunité de réforme, il s'est notamment consacré à la Croix-Rouge et à l'administration de sa plantation familiale;

f) en 1996, le régime Mobutu allant clairement à sa perte sans changements, le demandeur fut invité à exposer ses projets de réforme au président. C'est à cette occasion qu'il a dénoncé la pratique antidémocratique du régime;

g) ces discussions avec les dirigeants n'ont pas eu de suite vu le cancer qui a ensuite affecté Mobutu;

h) en décembre 1996, après le retour de Mobutu qui avait été à l'étranger pour des traitements, et alors que le pays était attaqué par les rebelles de Kabila (qui remportera finalement la victoire en mai 1997), le groupe de réformateurs, y inclus le demandeur, a suggéré à Mobutu de démissionner afin de trouver une solution à cette rébellion qui faisait de son renversement l'objectif idéologique principal des réformateurs.

[48] Cette preuve n'attribue aucunement au demandeur une «intention commune» à la perpétration de crimes contre l'humanité de concert avec le régime Mobutu. Entre autres, la preuve établissait que le demandeur dénonçait les pratiques antidémocratiques du régime, et une preuve non contestée établissait également que le demandeur aurait perdu son poste du bureau de la présidence et aurait été isolé en raison de ses idées de réforme.

[49] The Refugee Division rejected much of this evidence, citing certain inconsistencies and erroneous contradictions noted earlier in its reasons. In my opinion, the evidence referred to above goes beyond the personal association of the applicant with Mobutu. It could pertain to the exclusion issue and particularly to the issue of whether the applicant had a shared common purpose with the totalitarian regime responsible for these “crimes against humanity” and whether he actively supported the acts committed by the regime. This evidence should have been expressly analysed by the Refugee Division in its reasons instead of being rejected on the basis of a mistaken determination of non-credibility.

[50] Although the Refugee Division alluded to this evidence in its reasons, it would appear that what really lay behind the Division’s conclusion that the applicant was excluded was its determination that the applicant was [TRANSLATION] “a man sufficiently close to Mobutu to make him an accomplice of this regime responsible for ‘crimes against humanity’”. It is worth reproducing the reasoning of the Refugee Division as it relates to this determination, at paragraphs 17-21:

In his PIF, the applicant stated:

[TRANSLATION] “Mobutu invited me to Gemana . . . for a large-scale policy meeting during which I worked up the courage to denounce some of the antidemocratic practices of the conservatives in our party.”

Further on in his PIF, he stated that in December 1996:

[TRANSLATION] “We the reformists called for President Mobutu’s resignation and suggested that he seek the people’s forgiveness for the wrongs committed under his leadership.”

When questioned about the fact that the reformists wanted Mobutu to resign and seek forgiveness, he stated that he was behind this move. The panel pointed out to him that he must have been close to Mobutu to make this request. The claimant said that he was not close to Mobutu, but that certain members of the party had signed a memo to this effect, which is not what appears in his PIF where he states that he had met Mobutu.

The panel rejects these allegations, which it finds lacking in credibility, because the claimant has always made himself out to be close to Mobutu—in fact, his own brother is married to Mobutu’s daughter.

[49] La section du statut rejette plusieurs de ces éléments de preuve en se basant sur certaines incohérences et contradictions erronées constatées plus tôt dans ses motifs. À mon avis, les éléments de preuve mentionnés ci-haut vont au-delà de l’association personnelle du demandeur avec Mobutu. Cette preuve pourrait avoir une incidence sur la question de l’exclusion et particulièrement celle de savoir si le demandeur avait une intention commune avec le régime totalitaire responsable de ces «crimes contre l’humanité» et si celui-ci appuyait activement les actes commis par le régime. Ces éléments de preuve auraient dû être expressément analysés par la section du statut dans ses motifs au lieu d’être rejetés sur la base d’une détermination erronée de non-crédibilité.

[50] Bien que la section du statut ait touché à ces éléments de preuve dans ses motifs, il semblerait que ce qui aurait motivé la section du statut à conclure à l’exclusion du demandeur serait sa détermination que le demandeur était «un homme suffisamment proche de Mobutu pour faire de lui un complice de ce régime responsable de “crimes contre l’humanité”». Il est utile de reproduire le raisonnement de la section du statut qui se rapporte à cette détermination, aux paragraphes 17 à 21:

Dans son FRP, le demandeur a déclaré:

«Mobutu m’invite à Gemana [. . .] pour une réunion politique de grande envergure pendant laquelle [. . .] j’ai eu le courage de dénoncer certaines pratiques antidémocratiques des conservateurs de notre parti».

Un peu plus loin dans son FRP, il dit qu’en décembre 1996:

«Nous les réformateurs proposons au Président (Mobutu) de démissionner et de demander pardon au peuple pour le mal sous sa responsabilité».

Interrogé au sujet du fait que les réformateurs voulaient que Mobutu démissionne et demande pardon, il a déclaré qu’il était à la base de cela. Le tribunal lui fit alors remarquer qu’il devait être près de Mobutu pour le lui demander. A ce sujet, il a déclaré qu’il n’était pas près de Mobutu, mais que certains membres du parti avaient signé un mémo en ce sens, ce qui est différent de ce qu’il a déclaré dans son FRP, où il dit avoir rencontré Mobutu.

Le tribunal rejette ces allégations qu’il trouve non crédible, parce que le demandeur s’est toujours présenté comme une personne près de Mobutu et d’autant plus que son propre frère est marié avec la fille de ce dernier.

The panel finds the claimant was sufficiently close to Mobutu to make him an accomplice of Mobutu's regime, and as the regime is responsible for "crimes against humanity" within the meaning of paragraph 1(F)(a), the claimant is excluded from the refugee definition.

[51] From my reading of these reasons, it is my opinion that the applicant was excluded from the protection of the Convention because he was a so-called "close relation of Mobutu" and therefore guilty by association. Even if the record demonstrated (which it does not) that the applicant was "close" to Mobutu, this is definitely not a reason that might in itself justify the applicant's exclusion from the protection of the Convention (*Cardenas v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 74 F.T.R. 214 (F.C.T.D.)).

[52] It follows from this conclusion of the Refugee Division that it applied an inappropriate principle in order to determine his complicity, that is, of being "a man sufficiently close to Mobutu to make him an accomplice". In formulating its conclusion in this way, the Refugee Division committed a reviewable error.

[53] I am of the opinion that the Refugee Division committed a reviewable error in concluding that the applicant should be excluded without regard for the material before it, and in applying the wrong legal test for determining complicity by association.

[54] For these reasons, the application of the male applicant for judicial review will be allowed.

Female applicant

[55] The Refugee Division determined that the female applicant had not presented any reliable evidence in support of her claim and concluded that she had not established a well-founded fear of persecution. The Division based its conclusion on some inconsistencies in her testimony which, it said, put in question the very idea that the applicants might have lived together previously. The Refugee Division cited the following inconsistencies:

(a) The female applicant stated in her oral testimony that she was married on May 9, 1998, while her marriage certificate indicates that she was married in 1988. She explains that this was a typing error. The Refugee

Le tribunal conclut que le demandeur était un homme suffisamment proche de Mobutu pour faire de lui un complice de ce régime responsable de «crimes contre l'humanité», au sens de l'alinéa 1FA, ce qui exclut le demandeur de l'application de la définition de réfugié.

[51] À la lecture de ces motifs, je suis d'avis que le demandeur a été exclu de la protection de la Convention parce qu'il était soi-disant «un proche de Mobutu» et donc, coupable par association. Même si la preuve démontrait (ce qu'elle ne fait pas) que le demandeur était un «proche» de Mobutu, ce n'est certes pas un motif qui pourrait justifier à lui seul l'exclusion du demandeur de la protection de la Convention (*Cardenas c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 74 F.T.R. 214 (C.F. 1^{re} inst.)).

[52] Ce qui découle de cette conclusion de la section du statut est qu'elle a appliqué un principe inapproprié afin de déterminer sa complicité, soit d'être «un homme suffisamment proche de Mobutu pour faire de lui un complice». En formulant ainsi sa conclusion, la section du statut a commis une erreur révisable.

[53] Je suis d'avis que la section du statut a commis une erreur révisable en concluant à l'exclusion du demandeur sans tenir compte des éléments dont elle disposait, et en appliquant le mauvais test légal afin de déterminer la complicité par association.

[54] Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire du demandeur sera accueillie.

La demanderesse

[55] La section du statut a déterminé que la demanderesse n'a présenté aucune preuve digne de foi à l'appui de sa revendication pour conclure qu'elle n'a pas établi une crainte bien fondée de persécution. La section du statut a fondé sa conclusion sur des incohérences dans son témoignage qui, selon la section du statut, remettaient en question l'idée même que les demandeurs puissent avoir déjà fait vie commune. La section du statut a soulevé les incohérences suivantes:

a) La demanderesse dans son témoignage a déclaré s'être mariée le 9 mai 1998, alors que son attestation de mariage indique qu'elle s'est mariée en 1988. La demanderesse explique que c'est une erreur de frappe.

Division seems to accept the date in her marriage certificate, 1988, and rejects the applicant's testimony and her explanation (an explanation that I consider plausible given that the applicant was only 12 years old in 1988).

(b) The applicant was unable to explain when she was living with the male applicant at the same address. She stated December 1998 and when it was remarked to her that she had not begun to live with the male applicant until after their marriage, she stated that she had been living with the male applicant since 1997.

(c) She also had some difficulty recalling when she had first made the male applicant's acquaintance. She stated December 25, 1998, then altered this to December 19, 1998 and ultimately said December 25, 1997. She was unable to explain why she had some difficulty recalling this date.

(d) She stated that her address in the Democratic Republic of the Congo (DRC) was 86, Ring Ma Campapa Ngaliencie. At the point of entry, she said her address was 3678, Ring Ma Campapa Ngaliencie. The Refugee Division did not accept her explanation that the number had been changed with the coming to power of the new regime in May 1997. It concluded, without giving reasons for its conclusion, that it seemed to them [TRANSLATION] "unlikely that she would mistake her street number for the reasons she cited".

[56] The Refugee Division assigned no probative value, therefore, to the female applicant's testimony or to the applicants' marriage certificate. The Division does not explain its determination not to assign any probative value to the applicant's testimony concerning her marriage in 1998. She testified that she had married on May 9, 1998. The Division seems to have rejected this testimony in favour of her "marriage certificate", a document indicating that the applicant married in 1988, at the age of 12. The Division did not accept the applicant's explanation that the marriage certificate contained a typing mistake, an explanation that I consider completely reasonable given the applicant's age at the time.

[57] If the rejection of the female applicant's testimony is based on the fact that the marriage

La section du statut semble accepter la date dans son attestation de mariage soit 1988 et rejette le témoignage de la demanderesse ainsi que son explication (une explication que je considère plausible, compte tenu du fait que la demanderesse en 1988, n'avait que 12 ans).

b) La demanderesse a été incapable de préciser quand elle vivait avec le demandeur à la même adresse. Elle a déclaré décembre 1998 et lorsqu'on lui fit remarquer qu'elle n'aurait pas commencé à vivre avec le demandeur qu'après leur mariage, elle a déclaré qu'elle vivait avec le demandeur depuis 1997.

c) La demanderesse avait aussi de la difficulté à se rappeler quand elle avait connu le demandeur. Elle a déclaré le 25 décembre 1998 pour changer pour le 19 décembre 1998 et finalement dire le 25 décembre 1997. La demanderesse n'a pu expliquer pourquoi elle avait de la difficulté à se rappeler de cette date.

d) La demanderesse a déclaré que son adresse en République démocratique du Congo (RDC) était 86, Ring Ma Campapa Ngaliencie. Au point d'entrée, elle a dit que son adresse était 3678, Ring Ma Campapa Ngaliencie. La section du statut n'a pas retenu son explication qu'on avait changé le numéro à l'avènement du nouveau Régime en mai 1997. La section du statut a conclu, sans motiver sa conclusion, qu'il leur paraissait «invraisemblable qu'elle se trompe de numéro civique pour les raisons qu'elle a mentionnées».

[56] La section du statut n'a donc accordé aucune valeur probante au témoignage de la demanderesse ainsi qu'à l'attestation de mariage des demandeurs. La section du statut n'explique pas sa détermination de n'accorder aucune valeur probante au témoignage de la demanderesse en ce qui a trait à son mariage en 1998. La demanderesse a témoigné s'être mariée le 9 mai 1998. La section du statut semble avoir rejeté ce témoignage en faveur de son «attestation de mariage», un document qui indique que la demanderesse se serait mariée en 1988, soit à l'âge de 12 ans. La section du statut n'accepte pas l'explication de la demanderesse que l'attestation de mariage contenait une erreur de frappe, une explication que je considère tout à fait raisonnable compte tenu de l'âge de la demanderesse à l'époque.

[57] Si le rejet du témoignage de la demanderesse est fondé sur le fait que l'attestation de mariage indique une

certificate indicates a date of marriage different than the one affirmed by the applicant, I am of the opinion, given the explanation provided by the applicant [TRANSLATION] “that this was a typing mistake”, that it was patently unreasonable to reject this evidence for this reason. The Refugee Division did not provide any further explanation for the rejection of this evidence. So it is false to say that the female applicant presented no trustworthy evidence. The Refugee Division therefore erred in reaching that conclusion.

[58] The female applicant, in her testimony, explained that her address in the Democratic Republic of the Congo was indeed the address stated at the point of entry, and that there was a change in number when the new regime came into power in May 1997. I do not see this as an inconsistency, since it is the same address as the one stipulated at the point of entry. The Refugee Division determined that the explanation lacked credibility because [TRANSLATION] “it seems to us unlikely that she would mistake her street number for the reasons she cited.” In the first place, the record does not indicate that the applicant was mistaken about her street number since she testified that the number had changed. Furthermore, the Refugee Division provides no further explanation for its conclusion of improbability, thereby breaching its duty to give clear and precise reasons for its conclusions (*Hilo v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 199 (F.C.A.)). The Refugee Division therefore erred in reaching this conclusion.

[59] Two of the female applicant’s four inconsistencies noted by the Refugee Division—the typing error concerning the date on the marriage certificate and the error attributable to the change of address in the DRC—led the Refugee Division to conclusions that are in my opinion patently unreasonable, in view of the explanations given by the applicant.

[60] The other two inconsistencies concern certain difficulties the female applicant allegedly had in remembering specific dates. In my opinion, these inconsistencies are not of sufficiently appreciable scope to justify the rejection of the claim.

[61] In this case the female applicant bases her claim on that of the male applicant. She alleges that if she is to

date de mariage différente que celle affirmée par la demanderesse, je suis d’avis, compte tenue de l’explication offerte par la demanderesse «à l’effet qu’il y avait là une erreur de frappe» qu’il était manifestement déraisonnable de rejeter cette preuve pour ce motif. La section du statut n’a pas expliqué d’avantage le rejet de cette preuve. Alors, il est faux de dire que la demanderesse n’a présenté aucune preuve digne de foi. La section du statut a donc erré en concluant ainsi.

[58] La demanderesse, dans son témoignage, explique que son adresse en République démocratique du Congo est bel et bien celle déclarée au point d’entrée, et qu’il y a eu un changement de numéro à l’avènement du nouveau régime en mai 1997. Je ne vois pas là une incohérence puisque c’est la même adresse que celle stipulée au point d’entrée. La section du statut a déterminé que l’explication était non crédible parce qu’«il nous paraît invraisemblable qu’elle se trompe de numéro civique pour les raisons qu’elle a mentionnées». Tout d’abord, la preuve ne révèle pas que la demanderesse s’est trompée de numéro civique puisqu’elle a témoigné que le numéro a changé. La section du statut, par ailleurs, n’offre aucune autre explication pour sa conclusion d’invraisemblance, manquant ainsi à son devoir de motiver ses conclusions de manière claire et précise (*Hilo c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 199 (C.A.F.)). La section du statut a donc erré en concluant ainsi.

[59] Deux des quatre incohérences de la demanderesse constatées par la section du statut, notamment l’erreur de frappe de la date sur l’attestation de mariage ainsi que l’erreur attribuable au changement d’adresse en RDC ont porté la section du statut à des conclusions qui sont, à mon avis, manifestement déraisonnables, compte tenu des explications données par la demanderesse.

[60] Les deux autres incohérences concernant certaines difficultés qu’aurait eu la demanderesse à se rappeler des dates précises. À mon avis, ces incohérences ne sont pas de portée suffisamment appréciable pour justifier le rejet de la revendication.

[61] En l’instance, la demanderesse fonde sa revendication sur celle du demandeur. Elle allègue que

be returned to her country, she will be persecuted because of her marital relationship with the male applicant. Her claim turns on the existence of this marital relationship. In my opinion, the Refugee Division's conclusion that there was no marital relationship between the applicants is patently unreasonable.

[62] Furthermore, I note that the inconsistencies cited by the Refugee Division do not affect in any way the fundamental aspects of the female applicant's claim, namely, her well-founded fear of persecution in her country because of her political opinions and her membership in a particular social group, the family.

[63] For these reasons, I find that the Refugee Division erred in dismissing the female applicant's claim. Consequently, her application for judicial review will be allowed.

QUESTION TO CERTIFY

[64] Having considered the written submissions of the parties, I am of the opinion that the question and sub-questions cited by the applicants are questions of fact that are of no interest beyond this case. In my opinion, the points of law raised in these questions have already been decided by the Federal Court of Appeal. So I am not disposed to certify the proposed questions. I do not, therefore, propose to certify any serious question of general importance as contemplated by paragraph 74(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27.

ORDER

THE COURT ORDERS:

1. The application for judicial review of the applicants, Adrien Dambana Sungu and Mimie Likandja Mikembi, of the decision delivered February 6, 2001 by the Refugee Division of the Immigration and Refugee Board, is allowed and the applicants' claim is sent back for reconsideration by a differently constituted panel of the Immigration and Refugee Board.

si elle doit être retournée dans son pays, elle sera persécutée en raison de son lien conjugal avec le demandeur. Sa revendication tourne sur l'existence de ce lien conjugal. Je suis d'avis que la conclusion de la section du statut à l'effet qu'il n'existait pas un lien conjugal entre les demandeurs est manifestement déraisonnable.

[62] En plus, je constate que les incohérences soulevées par la section du statut ne touchent aucunement aux aspects fondamentaux de la revendication de la demanderesse, à savoir sa crainte bien fondée de persécution dans son pays en raison de son opinion politique et son appartenance à un groupe social particulier, soit la famille.

[63] Pour ces motifs, je détermine donc que la section du statut a erré en rejetant la revendication de la demanderesse. Conséquemment, la demande de contrôle judiciaire de la demanderesse sera accueillie.

QUESTION À CERTIFIER

[64] Après avoir considéré les soumissions écrites des parties, je suis d'avis que la question et sous-questions soulevées par les demandeurs sont des questions de fait qui ne présentent pas d'intérêt au-delà de cette affaire. À mon avis les points de droit soulevés dans ces questions ont déjà été tranchés par la Cour d'appel fédérale. Alors, je ne suis pas disposé à certifier les questions proposées. Donc, je ne propose pas de certifier une question grave de portée générale telle qu'envisagée à l'alinéa 74d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE:

1. La demande de contrôle judiciaire des demandeurs, Adrien Dambana Sungu et Mimie Likandja Mikembi, de la décision rendue le 6 février 2001 par la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié est accueillie et la revendication des demandeurs est remise pour réexamen par une formation différente de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié.

2002 FCA 479
A-28-02

2002 CAF 479
A-28-02

The Owners and All Others Interested in the Ship *Katsuragi*, the Ship *Katsuragi*, Hapag-Lloyd Container Line, GmbH and Tama Lake Ship Holding SA (*Appellants/Defendants*)

Les propriétaires et toutes les autres personnes ayant un droit sur le navire *Katsuragi*, le navire *Katsuragi*, Hapag-Lloyd Container Line, GmbH et Tama Lake Ship Holding SA (*appelants/défendeurs*)

v.

c.

Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) S.N.C. and Danzas (Canada) Limited (*Respondents/Plaintiffs*)

Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. et Danzas (Canada) Limited (*intimées/demandereses*)

A-30-02

A-30-02

The Owners and All Others Interested in the Ship *Castor*, the Ship *Castor* and Atlas Trampship Reederei GmbH & Co. m.s. *Castor* KG (*Appellants*)

Les propriétaires et toutes les autres personnes ayant un droit sur le navire *Castor*, le navire *Castor* et Atlas Trampship Reederei GmbH & Co. m.s. *Castor* KG (*appelants*)

v.

c.

Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) S.N.C. and Danzas (Canada) Limited (*Respondents*)

Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. et Danzas (Canada) Limited (*intimées*)

INDEXED AS: INCREMONA-SALERNO MARMIAFFINISICILIANI (I.S.M.A.S.) S.N.C. v. CASTOR (THE) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: INCREMONA-SALERNO MARMIAFFINISICILIANI (I.S.M.A.S.) S.N.C. c. CASTOR (LE) (C.A.)

Court of Appeal, Strayer, Nadon and Evans J.J.A.—
Vancouver, November 13; Ottawa, December 2, 2002.

Cour d'appel, juges Strayer, Nadon et Evans, J.C.A.—
Vancouver, 13 novembre; Ottawa, 2 décembre 2002.

Construction of Statutes — Bill of lading for carriage of goods from Italy to Canada giving German courts jurisdiction in event of any claim — Cargo damaged — Plaintiffs claiming in Federal Court of Canada, defendants moving for stay based on jurisdiction clause — Motion not yet heard when Marine Liability Act, s. 46(1) (providing notwithstanding contract stipulating adjudication elsewhere, action may be brought here if Canadian port of loading or discharge) — F.C.T.D. Judge declaring s. 46(1) applicable herein — Holding rule against retrospective statute application strong presumption, can be set aside — Decision reversed by F.C.A. — Issue on appeal: did Judge err in concluding stay motions continuing facts until disposition — Only relevant facts were dates proceedings launched, subsection came into force — To apply subsection to this case would be giving it retroactive effect — Would confer on respondents rights not possessed when action commenced — Argument, rule against retroactive application

Interprétation des lois — Le connaissance relatif au transport des marchandises de l'Italie au Canada conférerait aux tribunaux allemands la compétence voulue en cas de réclamation — Cargaison endommagée — Les demandereses avaient présenté une réclamation devant la Cour fédérale du Canada; les défendeurs avaient demandé la suspension de l'instance compte tenu de la clause de compétence — La requête n'avait pas encore été entendue lors de l'entrée en vigueur de l'art. 46(1) de la Loi sur la responsabilité en matière maritime (prévoyant que lorsqu'un contrat stipule que l'arbitrage doit avoir lieu ailleurs, une action peut être intentée au Canada si le port de chargement ou déchargement est situé au Canada) — Le juge de la C.F. 1^{re} inst. a déclaré que l'art. 46(1) s'appliquait à l'instance — Il a statué que la règle voulant qu'une loi ne soit pas interprétée de façon à s'appliquer rétrospectivement était une présomption forte, mais qu'elle pouvait être écartée — Décision infirmée par la

inapplicable to statute impacting only on procedural rights, considered — Views of law professors adopted — Attempt to apply procedural provision to stage in proceeding completed before provision in force refused unless legislative direction to contrary.

Maritime Law — Carriage of Goods — Shipment of polished granite from Italy to Canada damaged — Bill of lading giving jurisdiction over disputes to German courts — Action commenced in Federal Court of Canada — Motion for stay based on jurisdiction clause — Stay application yet to be heard when Marine Liability Act, s. 46(1) (providing that, contract notwithstanding, action may be taken here if Canadian port of loading or discharge) came into force — Judge holding s. 46(1) applicable herein — Reversed by F.C.A. — Retroactive application of s. 46(1) would confer on respondents rights not possessed when lawsuit launched.

The claim of the plaintiffs (respondents herein) was in respect of damage to a cargo of polished granite transported from Italy to Surrey, British Columbia. The goods had been carried to Malta on the *Castor* and from there to Halifax on board the vessel *Katsuragi*. The granite then crossed Canada by rail. The bill of lading, dated December 21, 1999 at Milan, provided that any claim thereunder would be governed by German law and determined by the courts at Hamburg. Respondents filed their statement of claim in the Federal Court of Canada on December 15, 2000 but defendants moved under *Federal Court Act*, section 50 for a stay of the proceedings in reliance upon the jurisdiction clause. The stay applications were yet to be heard when subsection 46(1) of the *Marine Liability Act* came into force. That subsection provides that even if a contract for the carriage of goods by water stipulates adjudication or arbitration in a country other than Canada, litigation may be launched here if the port of either loading or discharge is in Canada. The Trial Division's Gibson J. granted a declaration that subsection 46(1) applied herein. That Judge held that the common law rule against the retrospective application of statutes, while a strong presumption, was one

C.A.F. — Question en appel: le juge a-t-il eu tort de conclure que les requêtes visant la suspension étaient des faits continus tant qu'une décision n'était pas rendue à leur égard — Les seuls faits pertinents étaient la date d'introduction de l'instance et la date à laquelle la disposition en question est entrée en vigueur — L'application de la disposition en question à l'instance lui donnerait un effet rétroactif — Cela conférerait aux intimées des droits qu'elles ne possédaient pas lorsque l'action a été intentée — Examen de l'argument selon lequel la règle à l'encontre de l'application rétroactive ne s'applique pas à une loi qui influe uniquement sur des droits procéduraux — Les avis exprimés par des professeurs de droit ont été adoptés — Toute tentative visant à appliquer une disposition procédurale à un stade de la procédure qui a pris fin avant l'entrée en vigueur de la disposition en question est refusée, sous réserve d'une directive législative contraire.

Droit maritime — Transport de marchandises — Une cargaison de granite poli transportée de l'Italie au Canada avait été endommagée — Le connaissance conférait la compétence sur les litiges aux tribunaux allemands — Action intentée devant la Cour fédérale du Canada — La requête visant la suspension était fondée sur la clause de compétence — La demande de suspension n'avait pas encore été entendue lors de l'entrée en vigueur de l'art. 46(1) de la Loi sur la responsabilité en matière maritime (prévoyant que, malgré le contrat, l'action peut être intentée au Canada si le port de chargement ou de déchargement est situé au Canada) — Le juge a statué que l'art. 46(1) s'appliquait à l'instance — Décision infirmée par la C.A.F. — L'application rétroactive de l'art. 46(1) conférerait aux intimées des droits qu'elles ne possédaient pas lorsqu'elles avaient engagé des poursuites en justice.

La réclamation des demandesses (les intimées en l'espèce) se rapportait aux dommages causés à une cargaison de granite poli transportée de l'Italie à Surrey (Colombie-Britannique). Les marchandises avaient été transportées à Malte à bord du *Castor* et, de là, à Halifax à bord du *Katsuragi*. Le granite avait ensuite été transporté à travers le Canada par chemin de fer. Le connaissance, en date du 21 décembre 1999, établi à Milan, stipulait que toute réclamation découlant du connaissance serait régie par le droit allemand et tranchée devant les tribunaux de Hambourg. Les intimées ont déposé leur déclaration devant la Cour fédérale du Canada le 15 décembre 2000, mais les défendeurs ont présenté une requête en vertu de l'article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* en vue d'obtenir la suspension de l'instance compte tenu de la clause de compétence. Les demandes de suspension n'avaient pas encore été entendues lorsque le paragraphe 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* est entrée en vigueur. Cette disposition prévoit que lorsqu'un contrat de transport de marchandises par eau stipule le renvoi à une cour de justice ou à l'arbitrage en un lieu situé à l'étranger, le litige peut être engagé au Canada si le port de

that could be set aside. The legislation had to be carefully examined to ascertain whether there was an indication of legislative intent that subsection 46(1) was to have retroactive effect. Finding no such indication, the Judge then had reference to leading works on statutory construction where he found support for the proposition that, where a provision of law attaches legal consequences to continuing facts, the provision is not retroactive unless the state of affairs had ended before the provision came into force. Gibson J. was of opinion that the stay applications were facts of a continuing nature so that the application of subsection 46(1) to these proceedings would be neither retroactive nor retrospective. He further held that the appellants' rights under the jurisdiction clause had not yet crystallized when subsection 46(1) came into force. Appellants argued that the lower Court Judge erred in concluding that the stay motions were continuing facts until disposed of.

Held, the appeals should be allowed.

The Motions Judge correctly found that the non-retroactivity presumption had not been overturned. However, contrary to the view taken by Gibson J., the only facts relevant to the determination of the temporal application of subsection 46(1) are those identified in the statute: the date the proceedings were instituted and the date the subsection came into force. The stay applications could not be considered ongoing facts not disposed of when subsection 46(1) came into force. Clearly, to apply that subsection to these proceedings would be to give it retroactive effect. In other words, it would be defining the legal regime of facts that arose prior to its commencement. It would confer upon the respondents rights which they did not have when they launched their lawsuit.

Respondents' submission, that since the subsection impacts only upon procedural rights, the rule against retroactive operation is inapplicable, could not be entirely agreed with. Two learned authors, Professors Côté and Sullivan, both express the view that procedural statutes are not to be accorded retroactive effect. Procedural statutes, from the time of their

changement ou de déchargement est situé au Canada. Le juge Gibson de la Section de première instance a accordé un jugement déclaratoire portant que le paragraphe 46(1) s'appliquait à l'instance. Ce juge a statué que la règle de common law voulant qu'une loi ne soit pas interprétée de façon à s'appliquer rétrospectivement, tout en étant une présomption forte, pouvait être écartée. La législation devait être minutieusement examinée afin de déterminer s'il y avait une indication montrant que le législateur voulait que le paragraphe 46(1) ait un effet rétroactif. Le juge, qui avait conclu qu'il n'y avait aucune indication de ce genre, s'est ensuite reporté à des ouvrages faisant autorité sur l'interprétation législative qui, selon lui, étaient la thèse selon laquelle, lorsqu'une disposition de droit attache des conséquences juridiques à des faits continus, la disposition n'est pas rétroactive à moins que l'état de fait n'ait pris fin avant l'entrée en vigueur de la disposition. Le juge Gibson était d'avis que les demandes de suspension étaient des faits d'une nature continue, de sorte que l'application du paragraphe 46(1) à l'instance n'était ni rétroactive ni retrospective. Il a en outre statué que les droits reconnus aux appelants en vertu de la clause de compétence n'étaient pas des droits acquis ou établis lorsque le paragraphe 46(1) était entré en vigueur. Les appelants ont soutenu que le juge de la cour d'instance inférieure avait eu tort de conclure que les requêtes visant la suspension étaient des faits continus tant qu'une décision n'était pas rendue à leur égard.

Arrêt: les appels doivent être accueillis.

Le juge des requêtes a conclu avec raison que la présomption de non-rétroactivité n'avait pas été annulée. Toutefois, contrairement à l'avis exprimé par le juge Gibson, les seuls faits qui se rapportent à la détermination de la question de l'application dans le temps du paragraphe 46(1) sont ceux qui sont désignés dans la loi, à savoir la date de l'introduction de l'instance et la date à laquelle la disposition en question est entrée en vigueur. Les demandes de suspension ne pouvaient pas être considérées comme des faits de nature continue qui n'avaient pas été tranchés lorsque le paragraphe 46(1) était entré en vigueur. À coup sûr, l'application de cette disposition à la présente instance lui donnerait un effet rétroactif. En d'autres termes, la disposition juridique définirait le régime juridique de faits survenus avant son entrée en vigueur. Cela conférerait aux intimés des droits qu'elles ne possédaient pas lorsqu'elles ont engagé les poursuites en justice.

On ne pouvait pas entièrement souscrire à l'argument des intimées selon lequel, étant donné que la disposition en question influe uniquement sur des droits procéduraux, la règle à l'encontre de l'application rétroactive ne s'applique pas. Deux auteurs bien connus, les professeurs Côté et Sullivan, ont exprimé l'avis selon lequel il ne faut pas donner d'effet

coming into force, apply to regulate future procedural steps. Here, respondents seek to apply subsection 46(1) to a stage of the proceedings—institution of their actions—that was completed before the subsection came into force. That would be a retroactive application.

rétroactif aux lois procédurales. Les lois procédurales, à compter de leur entrée en vigueur, s'appliquent en vue de régler des étapes procédurales futures. En l'espèce, les intimées cherchent à appliquer le paragraphe 46(1) à un stade de la procédure—l'introduction de leurs actions—qui a pris fin avant que la disposition en question soit entrée en vigueur. Cela constituerait une application rétroactive.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50.
Marine Liability Act, S.C. 2001, c. 6, s. 46(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REFERRED TO:

Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue, [1977] 1 S.C.R. 271; (1975), 66 D.L.R. (3d) 449; [1976] CTC 1; 75 DTC 5451; 7 N.R. 401; *Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256; (1988), 65 O.R. (2d) 638; 52 D.L.R. (4th) 193; 34 C.C.L.I. 237; 47 C.C.L.T. 39; [1988] I.L.R. 1-2370; 9 M.V.R. (2d) 245; 87 N.R. 200; 30 O.A.C. 210.

AUTHORS CITED

Côté, P.-A. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEALS from an order of the Trial Division ([2002] 3 F.C. 477), granting a declaration that subsection 46(1) of the *Marine Liability Act* applied to the case at bar. Appeals allowed.

APPEARANCES:

Nils E. Daugulis for appellants (defendants) in A-28-02.
Peter G. Bernard, Q.C. for appellants in A-30-02.
John W. Bromley for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Bull, Housser & Tupper, Vancouver, for appellants (defendants) in A-28-02.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50.
Loi sur la responsabilité en matière maritime, L.C. 2001, ch. 6, art. 46(1).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national, [1977] 1 R.C.S. 271; (1975), 66 D.L.R. (3d) 449; [1976] CTC 1; 75 DTC 5451; 7 N.R. 401; *Angus c. Sun Alliance compagnie d'assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256; (1988), 65 O.R. (2d) 638; 52 D.L.R. (4th) 193; 34 C.C.L.I. 237; 47 C.C.L.T. 39; [1988] I.L.R. 1-2370; 9 M.V.R. (2d) 245; 87 N.R. 200; 30 O.A.C. 210.

DOCTRINE

Côté, P.-A. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal: Éditions Thémis, 1999.
Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPELS d'une ordonnance de la Section de première instance ([2002] 3 C.F. 477), accordant un jugement déclaratoire portant que le paragraphe 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* s'appliquait en l'espèce. Appels accueillis.

ONT COMPARU:

Nils E. Daugulis pour les appellants (défendeurs) dans le dossier A-28-02.
Peter G. Bernard, c.r. pour les appelants dans le dossier A-30-02.
John W. Bromley pour les intimées.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Bull, Housser & Tupper, Vancouver, pour les appellants (défendeurs) dans le dossier A-28-02.

Bernard & Partners, Vancouver, for appellants in A-30-02.
Bromley Chapelski, Vancouver, for respondents.

Bernard & Patners, Vancouver, pour les appelants dans le dossier A-30-02.
Bromley Chapelski, Vancouver, pour les intimées.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

[1] NADON J.A.: These are appeals from an order of the Trial Division, dated December 4, 2001 [[2002] 3 F.C. 447]. At issue before us is whether the Motions Judge was correct in concluding that subsection 46(1) of the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6 (the Act), which came into force on August 8, 2001, applies to the proceedings commenced by the respondents on December 15, 2000 in Court file T-2330-00. The facts which give rise to these appeals are straightforward and are not in dispute.

[1] LE JUGE NADON, J.C.A.: Il s'agit d'appels qui ont été interjetés contre une ordonnance rendue par la Section de première instance le 4 décembre 2001 [[2002] 3 C.F. 447]. Il s'agit ici de savoir si le juge des requêtes a eu raison de conclure que le paragraphe 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6 (la Loi), qui est entrée en vigueur le 8 août 2001, s'applique aux procédures engagées par les intimées le 15 décembre 2000 dans le dossier T-2330-00. Les faits qui donnent lieu à ces appels sont simples et ne sont pas contestés.

[2] By their statement of claim, the respondents, cargo owners, claim against the appellants, the owners and operators of the vessels *Castor* and *Katsuragi*, for damage caused to a cargo of polished granite carried in a container from Catania, Italy to Surrey, British Columbia.

[2] Dans leur déclaration, les intimées, qui sont propriétaires de la cargaison, réclament à l'encontre des appelants, les propriétaires et exploitants des navires *Castor* et *Katsuragi*, les dommages causés à une cargaison de granite poli qui était transportée dans un conteneur de Catane, en Italie, à Surrey (Colombie-Britannique).

[3] The container was carried from the port of Catania to the port of Marsaxlokk, Malta on the vessel *Castor*. At Marsaxlokk, the container was discharged and transhipped to the vessel *Katsuragi* for carriage to Halifax, Nova Scotia, where it was discharged and placed on a rail car for on-carriage to Surrey.

[3] Le conteneur a été transporté du port de Catane au port de Marsaxlokk, à Malte, à bord du *Castro*. À Marsaxlokk, le conteneur a été déchargé et transbordé à bord du *Katsuragi* en vue du transport à Halifax (Nouvelle-Écosse), où il a été déchargé et placé dans un wagon pour être transporté jusqu'à Surrey.

[4] The respondents' claim is founded, in part, on a contract of carriage, evidenced by bill of lading No. HLCUMIL991202103, dated December 21, 1999 at Milan. Clause 25 of the bill of lading provides that all claims or disputes arising thereunder shall be governed by German law and determined by the courts of Hamburg to the exclusion of the jurisdiction of all other courts. The clause reads as follows:

[4] La demande des intimées est en partie fondée sur un contrat de transport, dont fait foi le connaissement n° HLCUMIL991202103, en date du 21 décembre 1999, établi à Milan. La clause 25 du connaissement stipule que toute réclamation ou tout litige découlant du connaissement sera régi par le droit allemand et sera tranché devant les tribunaux de Hambourg, les autres tribunaux n'ayant pas compétence à cet égard. La clause est ainsi libellée:

Except as otherwise provided specially herein any claim or dispute arising under this Bill of Lading shall be governed by the law of the Federal Republic of Germany and determined in the Hamburg courts to the exclusion of the jurisdiction of the

[TRADUCTION] Sauf disposition contraire expresse énoncée dans les présentes, toute réclamation ou tout litige découlant du connaissement sera régi par le droit de la République fédérale d'Allemagne et sera tranché devant les tribunaux de

courts of any other place. In case the Carrier intends to sue the Merchant, the Carrier has also the option to file suit at the Merchant's place of business. In the event this clause is inapplicable under local law, then jurisdiction and choice of law lie in either the Port of lading or the Port of Discharge at Carrier's option.

[5] The respondents filed their statement of claim on December 15, 2000. On February 2, 2001, the *Katsuragi* defendants filed a motion under section 50 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F.-7] for an order staying the proceedings on the basis of the jurisdiction clause contained in the bill of lading. On March 26, 2001, the *Castor* defendants filed a similar motion. For reasons which need not concern us here, the stay applications had not been heard by the time subsection 46(1) of the Act came into force on August 8, 2001.

[6] In the event, the stay applications were argued before the Motions Judge on November 19, 2001. On December 4, 2001, the Motions Judge held that subsection 46(1) applied to the proceedings. He concluded that its application was neither retroactive nor retrospective, nor did it interfere with vested or crystallized rights.

[7] After setting out the general principle that statutes were not to be interpreted as having a retroactive effect, unless such a construction was expressly or by necessary implication required by the language of the statute (see *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, at page 279), the Motions Judge carefully examined the Act in order to determine whether any of its provisions could be read as an indication of legislative intent that subsection 46(1) was to have retroactive effect. He concluded that no such indication could be found in the Act.

[8] The Motions Judge then turned his attention to the general principles of interpretation in order to determine the temporal application of subsection 46(1). The principles to which the Motions Judge referred are those set out in Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. (Scarborough, Carswell,

Hambourg, les tribunaux de tout autre ressort n'ayant pas compétence à cet égard. Le transporteur qui entend poursuivre le commerçant peut à son gré intenter une poursuite judiciaire à l'endroit où le commerçant a son établissement. Si cette clause est inapplicable en vertu du droit local, la compétence et le droit applicable seront, au gré du transporteur, ceux du port de chargement ou du port de déchargement.

[5] Les intimées ont déposé leur déclaration le 15 décembre 2000. Le 2 février 2001, les défendeurs *Katsuragi* ont présenté une requête en vertu de l'article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] en vue d'obtenir une ordonnance suspendant l'instance compte tenu de la clause de compétence figurant dans le connaissement. Le 26 mars 2001, les défendeurs *Castor* ont présenté une requête similaire. Pour des raisons qui ne nous concernent pas ici, les demandes de suspension n'avaient pas encore été entendues lorsque le paragraphe 46(1) de la Loi est entré en vigueur le 8 août 2001.

[6] En fin de compte, les demandes de suspension ont été plaidées devant le juge des requêtes le 19 novembre 2001. Le 4 décembre 2001, le juge des requêtes a statué que le paragraphe 46(1) s'appliquait à l'instance. Il a conclu que son application n'était ni rétroactive ni retrospective, et qu'elle ne portait pas atteinte à des droits acquis ou établis.

[7] Après avoir énoncé le principe général selon lequel les lois ne devraient pas être interprétées comme ayant un effet rétroactif à moins que le libellé de la loi ne le décrète expressément ou ne l'exige implicitement (voir *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, à la page 279), le juge des requêtes a minutieusement examiné la Loi afin de déterminer si ses dispositions pouvaient être interprétées comme montrant que le législateur voulait que le paragraphe 46(1) ait un effet rétroactif. Il a conclu qu'aucune indication de ce genre ne pouvait être trouvée dans la Loi.

[8] Le juge des requêtes a ensuite porté son attention sur les principes généraux d'interprétation afin de déterminer l'application dans le temps du paragraphe 46(1). Les principes auxquels il s'est reporté ont été énoncés par Pierre-André Côté, dans l'ouvrage intitulé *Interprétation des lois*, 3^e éd. (Montréal, Éditions

2000), at pages 128 to 130, which were adopted by Ruth Sullivan in *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. (Toronto, Butterworths, 1994), at pages 514 and 515. They are as follows:

- (i) the court must identify the relevant facts that trigger the statute's application;
- (ii) the court must situate those facts in time;
- (iii) the court must apply the statute; if facts that occur subsequent to the effective date of the statute are essential for it to apply, then there will be no retroactivity or retrospectivity.

At page 515 of *Driedger*, the Motions Judge found support for the proposition that where a provision of law attaches legal consequences to continuing facts, the provision is not retroactive unless the state of affairs has ended before the coming into force of the provision.

[9] With these principles in mind, the Motions Judge held that, although all of the relevant facts giving rise to the respondents' claim had occurred prior to the coming into force of subsection 46(1), the motions for an order staying the respondents' proceedings were facts of a continuing nature which had not ended or been accomplished prior to August 8, 2001. Hence, his conclusion that subsection 46(1) of the Act applies to the proceedings because its application is not retroactive nor retrospective.

[10] The Motions Judge further held that the appellant's rights under the jurisdiction clause had not vested nor crystallized when subsection 46(1) came into force, since no determination of these rights under section 50 of the *Federal Court Act* had been made.

[11] The appellants submit that the Motions Judge erred in concluding that subsection 46(1) applies to the proceedings. The appellants argue that the Motions Judge was wrong to conclude that the motions for a stay of proceedings were relevant continuing facts until

Thémis, 1999), aux pages 160 à 163; ces principes ont été adoptés par Ruth Sullivan dans l'ouvrage intitulé *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd. (Toronto, Butterworths, 1994), aux pages 514 et 515. Il s'agit des principes suivants:

- (i) la cour doit identifier les faits pertinents qui déclenchent l'application de la loi;
- (ii) la cour doit situer ces faits dans le temps;
- (iii) la cour doit appliquer la loi; si des faits qui se produisent après la date d'entrée en vigueur de la loi sont essentiels aux fins de son application, il n'y a pas rétroactivité ou rétrospectivité.

À la page 515 de *Driedger*, le juge des requêtes a trouvé un appui à l'égard de la thèse selon laquelle lorsqu'une disposition de droit attache des conséquences juridiques à des faits continus, la disposition n'est pas rétroactive à moins que l'état de fait n'ait pris fin avant qu'elle soit entrée en vigueur.

[9] Compte tenu de ces principes, le juge des requêtes a statué que, même si tous les faits pertinents donnant lieu à la demande des intimées s'étaient produits avant l'entrée en vigueur du paragraphe 46(1), les requêtes visant l'obtention d'une ordonnance suspendant l'instance engagée par les intimées étaient des faits d'une nature continue qui n'avaient pas pris fin ou qui n'avaient pas été accomplis avant le 8 août 2001. Il a donc conclu que le paragraphe 46(1) de la Loi s'applique à l'instance parce que son application n'est ni rétroactive ni rétrospective.

[10] Le juge des requêtes a en outre statué que les droits reconnus aux appelants en vertu de la clause de compétence n'étaient pas des droits acquis ou établis lorsque le paragraphe 46(1) est entré en vigueur puisqu'aucune décision n'avait été rendue en vertu de l'article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* au sujet de ces droits.

[11] Les appelants soutiennent que le juge des requêtes a commis une erreur en concluant que le paragraphe 46(1) s'applique à l'instance. Ils affirment que le juge des requêtes a eu tort de conclure que les requêtes visant la suspension de l'instance étaient des

ultimately disposed of. They say that the only relevant facts are the date on which the respondents instituted their proceedings and the date on which subsection 46(1) came into force. The appellants further argue that they had a tangible legal right upon which they relied, namely their contractual right to litigate in Hamburg, a right which they sought to assert when they brought their motions for a stay. They submit that such a right cannot be affected by subsection 46(1) of the Act. For the reasons that follow, I have come to the conclusion that the appellants' appeals must succeed.

[12] Subsection 46(1) of the Act reads as follows:

46. (1) If a contract for the carriage of goods by water to which the Hamburg Rules do not apply provides for the adjudication or arbitration of claims arising under the contract in a place other than Canada, a claimant may institute judicial or arbitral proceedings in a court or arbitral tribunal in Canada that would be competent to determine the claim if the contract had referred the claim to Canada, where

(a) the actual port of loading or discharge, or the intended port of loading or discharge under the contract, is in Canada;

(b) the person against whom the claim is made resides or has a place of business, branch or agency in Canada; or

(c) the contract was made in Canada.

[13] The effect of the subsection is to remove from this Court its discretion under section 50 of the *Federal Court Act* to stay proceedings on the ground of a jurisdiction or arbitration clause where the requirements of paragraphs 46(1)(a), (b) or (c) are met. In the case at bar, if the Motions Judge is correct in his view of the matter, paragraph 46(1)(a) would prevent the appellants from obtaining a stay based on clause 25 of the bill of lading, since the port of discharge was the port of Halifax. Consequently, if subsection 46(1) applies to these proceedings, the appellants' stay applications will likely be dismissed.

[14] The Motions Judge found, correctly in my view, that the presumption of non-retroactivity had not been

faits continus pertinents tant qu'une décision n'était pas rendue à leur égard. Ils déclarent que les seuls faits pertinents sont la date à laquelle les intimées ont engagé l'instance et la date à laquelle le paragraphe 46(1) est entré en vigueur. Les appelants soutiennent en outre qu'ils avaient un droit légal matériel sur lequel ils se sont fondés, à savoir leur droit contractuel de plaider l'affaire à Hambourg, droit qu'ils ont cherché à faire valoir lorsqu'ils ont présenté leurs requêtes visant la suspension. Ils affirment que le paragraphe 46(1) de la Loi ne peut pas influencer sur pareil droit. Pour les motifs mentionnés ci-dessous, je conclus que les appels doivent être accueillis.

[12] Le paragraphe 46(1) de la Loi est ainsi libellé:

46. (1) Lorsqu'un contrat de transport de marchandises par eau, non assujéti aux règles de Hambourg, prévoit le renvoi de toute créance découlant du contrat à une cour de justice ou à l'arbitrage en un lieu situé à l'étranger, le réclamant peut, à son choix, tenter une procédure judiciaire ou arbitrale au Canada devant un tribunal qui serait compétent dans le cas où le contrat aurait prévu le renvoi de la créance au Canada, si l'une ou l'autre des conditions suivantes existe:

a) le port de chargement ou de déchargement—prévu au contrat ou effectif—est situé au Canada;

b) l'autre partie a au Canada sa résidence, un établissement, une succursale ou une agence;

c) le contrat a été conclu au Canada.

[13] Cette disposition a pour effet de retirer à la présente Cour le pouvoir discrétionnaire conféré à l'article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* lorsqu'il s'agit de suspendre les procédures en raison de l'existence d'une clause de compétence ou d'arbitrage s'il est satisfait aux exigences des alinéas 46(1)a), b) ou c). En l'espèce, si l'avis exprimé par le juge des requêtes est exact, l'alinéa 46(1)a) empêcherait les appelants d'obtenir une suspension fondée sur la clause 25 du connaissement étant donné que le déchargement a eu lieu au port de Halifax. Par conséquent, si le paragraphe 46(1) s'applique à l'instance ici en cause, les demandes de suspension présentées par les appelants seront probablement rejetées.

[14] Le juge des requêtes a conclu, avec raison à mon avis, que la présomption de non-rétroactivité n'avait pas

overturned. I agree entirely with him that the Act does not provide, expressly or by necessary implication, that subsection 46(1) is to apply retroactively. However, contrary to the view taken by the Motions Judge, it is my opinion that the only facts relevant to the determination of the temporal application of subsection 46(1) are those identified in the statute, namely the date of institution of the proceedings and the date on which the subsection came into force. Consequently, in that context, the appellants' stay applications cannot be seen as ongoing facts or, in the words of the Motions Judge, "facts of a continuing nature which had not been disposed of prior to August 8, 2001". Since the applications for a stay are neither identified nor mentioned in the statute, they are clearly irrelevant in determining whether the subsection applies to these proceedings.

[15] I have no doubt whatsoever that applying subsection 46(1) to these proceedings would be giving the subsection a retroactive effect. At page 130, under the heading of "Characterization of application of the statute", professor Côté explains when a statute will have retroactive effect:

There is retroactive effect when the new statute defines the legal regime of a fact or group of facts that arose entirely before its commencement. The hypothesis of legal facts arising entirely after commencement may thereby be excluded: it seems clear that a statute is not retroactive if it only draws consequences from facts, whether momentary, ongoing or successive, which have occurred after its coming into force. Although this is more debatable, we should also consider as non-retroactive the application of a statute to a fact situation arising in part before and in part after its commencement, that is to say, to pending facts. In such a case, the problem is one of immediate application of the statute, not retroactive application.

But there is indeed retroactivity when the statute applies to a fact situation that arose entirely prior to its commencement. Examples include: 1) a statute which gives effects to the occurrence of a momentary fact when it is applied to such a fact that arose prior to commencement; 2) a statute giving effects to the occurrence of an ongoing fact when it is applied to such a fact which has ceased prior to its commencement; 3) a statute which gives effects to the occurrence of successive facts when applied to such facts where all of them have arisen

été annulée. Je souscris entièrement à son avis lorsqu'il dit que la Loi ne prévoit pas expressément ou n'exige pas implicitement que le paragraphe 46(1) s'applique rétroactivement. Toutefois, contrairement à l'avis exprimé par le juge des requêtes, je suis d'avis que les seuls faits qui se rapportent à la détermination de la question de l'application dans le temps du paragraphe 46(1) sont ceux qui sont désignés dans la loi, à savoir la date de l'introduction de l'instance et la date à laquelle la disposition en question est entrée en vigueur. Par conséquent, dans ce contexte, les demandes de suspension des appelants ne peuvent pas être considérées comme des faits durables ou, comme l'a dit le juge des requêtes, comme des faits de nature continue qui n'ont pas été tranchés avant le 8 août 2001. Étant donné que les demandes de suspension ne sont pas désignées ou mentionnées dans la loi, elles ne sont clairement pas pertinentes lorsqu'il s'agit de déterminer si la disposition en question s'applique à la présente instance.

[15] Je ne doute aucunement que l'application du paragraphe 46(1) à la présente instance donnerait un effet rétroactif à la disposition en question. Aux pages 162 et 163, sous le titre «La qualification de l'application de la loi», le professeur Côté explique les circonstances dans lesquelles une loi aura un effet rétroactif:

Il y a effet rétroactif lorsque la loi nouvelle définit le régime juridique d'un fait ou d'un groupe de faits entièrement survenus avant son entrée en vigueur. On peut donc exclure de la rétroactivité l'hypothèse où le ou les faits juridiques se réalisent après l'entrée en vigueur: il paraît évident qu'une loi n'est pas rétroactive si elle ne fait que tirer des conséquences de faits, momentané, durables ou successifs, qui se produisent après qu'elle ait été mise en vigueur. On devrait également, bien que cela soit plus discutable, considérer comme non rétroactive l'application de la loi sur le fondement de faits survenus pour partie avant et pour partie après son entrée en vigueur, c'est-à-dire, de faits pendants. Dans ce cas, on a plutôt affaire à une application immédiate de la loi qu'à une application rétroactive.

Il y a par contre rétroactivité lorsqu'on applique la loi sur le fondement de faits entièrement survenus avant son entrée en vigueur. Notamment, on donne effet rétroactif 1) à une loi qui attache des effets à la survenance d'un fait momentané lorsqu'on l'applique à l'égard d'un tel fait survenu avant son entrée en vigueur; 2) à une loi qui attache des effets à la survenance d'un fait durable lorsqu'on l'applique à l'égard d'un tel fait qui a cessé de se produire avant son entrée en vigueur; 3) à une loi qui attache des effets à la survenance de

prior to commencement. [Footnotes not reproduced.]

To paraphrase Professor Côté, if subsection 46(1) of the Act applies to these proceedings, the new statute would be defining the legal regime of a fact or group of facts that arose entirely before its commencement.

[16] In concluding that a statute had no retroactive effect, Dickson J. (as he then was) in *Gustavson, supra*, stated at page 279 that:

... it [the section] does not reach into the past and declare that the law or the rights of parties as of an earlier date shall be taken to be something other than they were as of that earlier date.

[17] In the present instance, subsection 46(1), if applied to the proceedings commenced on December 15, 2000, would reach into the past and declare that the rights of the parties as of that date are to be taken to be something other than they then were. Simply put, when the respondents commenced their action against the appellants on December 15, 2000, they could not institute proceedings in Canada in disregard of the jurisdiction clause in the bill of lading, even though the port of discharge was a Canadian port. The respondents did commence proceedings in Canada, but these proceedings were open to a challenge by the appellants by way of an application for a stay under section 50 of the *Federal Court Act*. The outcome of the stay applications is not a foregone conclusion, but in the light of the relevant case law, it is likely that the applications would be allowed and that the respondents would be forced to commence proceedings in Germany.

[18] The application of subsection 46(1) to the proceedings would confer rights on the respondents which they did not have when they commenced their lawsuit. Consequently, in my view, for subsection 46(1) to apply, it must apply retroactively.

[19] Although I am of the view that subsection 46(1) is a substantive provision, I will now deal with the respondents' submission that since the subsection does not affect substantive rights but, rather, procedural

faits successifs lorsqu'on l'applique à l'égard de tels faits tous survenus avant son entrée en vigueur. [Notes de bas de page omises.]

Pour paraphraser le professeur Côté, si le paragraphe 46(1) de la Loi s'applique à la présente instance, la nouvelle loi définirait le régime juridique d'un fait ou d'un groupe de faits entièrement survenus avant son entrée en vigueur.

[16] En concluant qu'une loi n'avait pas d'effet rétroactif, M. le juge Dickson (tel était alors son titre) a dit ce qui suit dans l'arrêt *Gustavson*, précité (page 279):

[...] il [l'article] ne cherche pas à s'immiscer dans le passé et ne prétend pas signifier qu'à une date antérieure, il faille considérer que le droit ou les droits des parties étaient ce qu'ils n'étaient pas alors.

[17] En l'espèce, le paragraphe 46(1), si on l'applique à l'instance engagée le 15 décembre 2000, chercherait à s'immiscer dans le passé et prétendrait signifier qu'à cette date il faut considérer que les droits des parties sont ce qu'ils n'étaient pas alors. Bref, lorsqu'elles ont intenté leur action contre les appelants le 15 décembre 2000, les intimées ne pouvaient pas engager de procédures au Canada sans tenir compte de la clause de compétence figurant dans le connaissement, et ce, même si le déchargement avait lieu dans un port canadien. Les intimées ont engagé les procédures au Canada, mais il était loisible aux appelants de contester l'affaire au moyen d'une demande de suspension fondée sur l'article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Le résultat des demandes de suspension n'est pas inévitable, mais compte tenu de la jurisprudence pertinente, les demandes seraient probablement accueillies et les intimées seraient contraintes à engager des procédures en Allemagne.

[18] L'application du paragraphe 46(1) à l'instance conférerait aux intimées des droits qu'elles ne possédaient pas lorsqu'elles ont engagé les poursuites en justice. À mon avis, pour s'appliquer, le paragraphe 46(1) doit donc avoir un effet rétroactif.

[19] À mon avis, le paragraphe 46(1) est une disposition de fond, mais j'examinerai maintenant l'argument des intimées selon lequel, étant donné que la disposition en question n'influe pas sur des droits

rights, the rule against retroactive operation does not apply. This proposition, in my view, is not entirely correct. In commenting on, amongst others, the Supreme Court of Canada's decision in *Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256, on which the respondents rely for their submission, Professor Côté states unequivocally, at pages 178 to 180 of his work, that procedural statutes are not given retroactive effect:

The authorities frequently state that procedural statutes are retroactive. This usually means that they apply to actions pending at the moment of their commencement.

Use of such terminology is open to question, for there is no retroactive effect associated with the immediate application of procedural enactments. The rule, simply stated, is that there are no vested rights in procedural matters. There is consequently no survival of the earlier act, and the new one is, from the moment of its commencement, applicable to the regulation of future procedural steps.

The confusion in terminology seems to stem from two sources. First, common law has no term to describe statutes which, though they only operate from their commencement, nevertheless encroach upon vested rights. Such laws have been traditionally called "retroactive" or "retrospective", although in fact they do not operate as of a time prior to their enactment. The other cause, inherent in procedural statutes, is the fact that they apply immediately even to pending actions. But this is not at all a case of retroactivity.

In general, new statutes affecting substantive matters do not apply to pending causes, even those under appeal. Since the judicial process is generally declaratory of rights, the judge declares the rights of the parties as they existed when the cause of action arose: the day of the tort, of the conclusion of the contract, the commission of the crime, etc. However, a new statute bringing substantive modification is applicable to a pending case if it retroactively modifies the law applicable on the day of the tort, the contract, the crime, etc. A pending case, even under appeal, can therefore be affected by a retroactive statute, and even by one enacted while proceedings are pending in appeal.

Because procedural provisions apply to pending cases, the term "retroactivity" has been used by analogy with the effect of statutes affecting substantive rights. But procedural enactments do not govern the law that the judge declares to have existed: they only deal with the procedures used to assert

touchant le fond, mais plutôt sur des droits procéduraux, la règle à l'encontre de l'application rétroactive ne s'applique pas. À mon avis, cette proposition n'est pas tout à fait exacte. En commentant entre autres la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Angus c. Sun Alliance compagnie d'assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256, sur laquelle les intimées fondent leur argument, le professeur Côté dit clairement, aux pages 224 à 226 de son ouvrage, que les lois procédurales n'ont pas d'effet rétroactif:

En jurisprudence, il est fréquent de trouver l'affirmation que les lois de procédure sont rétroactives. Souvent, on entend par là que ces lois s'appliquent même à l'égard des instances pendantes au moment de leur entrée en vigueur.

Cette terminologie est bien discutable, car l'application immédiate des lois de procédure n'implique en soi aucun effet rétroactif. La règle est simplement qu'il n'y a pas de droit acquis en matière procédurale. Il n'y a donc pas de survie de la loi ancienne et la loi nouvelle, intervenant même en cours d'instance, s'appliquera dès son entrée en vigueur de manière à régir uniquement le déroulement futur de celle-ci.

Deux causes paraissent expliquer la confusion terminologique signalée. Premièrement, la common law n'a pas de vocable pour désigner les lois qui, n'ayant d'effet que pour l'avenir, atteignent cependant des droits acquis: ces lois sont traditionnellement appelées «rétroactives» bien qu'elles n'agissent pas dans le passé. L'autre cause, propre aux lois de procédure, provient du fait que celles-ci sont d'application immédiate même à l'égard d'instances en cours. Or, cela n'implique pas nécessairement un effet rétroactif.

En principe, les lois nouvelles touchant le fond ne s'appliquent pas aux instances en cours, y compris celles qui sont en appel. Le processus judiciaire étant généralement déclaratif de droit, le juge déclare les droits des parties tels qu'ils existaient le jour où la cause d'action a pris naissance: le jour du délit, le jour de la formation du contrat, le jour de la perpétration de l'acte criminel, et ainsi de suite. Par contre, une loi de fond nouvelle est applicable à une instance en cours lorsqu'elle modifie de façon rétroactive le droit qui existait le jour du délit, du contrat, de l'acte criminel, et ainsi de suite. Une instance en cours pourra donc être régie par une loi nouvelle rétroactive, ceci valant même pour la loi rétroactive adoptée pendant que l'instance est pendante en appel.

Les lois de procédure s'appliquant aussi aux instances en cours, on a appelé ce phénomène «rétroactivité» par analogie avec l'effet des lois concernant le fond. Or, les lois de procédure ne régissent pas le droit dont le juge déclare l'existence: elles concernent les procédés qui servent à faire

a right, and with the rules for conduct of the hearing. It is normal that a statute dealing with trial procedure will govern the future conduct of all trials carried out under the authority. This is not retroactivity but simply immediate and prospective application. [Footnotes not reproduced; emphasis added.]

[20] Professor Sullivan agrees with Professor Côté's view that procedural statutes are not to be given retroactive effect. At page 549 of Driedger, she writes:

Where a provision is found to be purely procedural, it is given immediate and general effect. It is *not* given retroactive effect. The presumption against the retroactive application of legislation applies to procedural provisions as it does to all legislation, without exception. Thus, any attempt to apply a procedural provision to a stage in a proceeding that was completed before the provision came into force would be refused, subject to a legislative direction to the contrary. [Emphasis added.]

[21] Thus, procedural statutes, from the time of their coming into force, apply to regulate future procedural steps. They are given an immediate and general effect, but they are not given retroactive effect. In the present matter, what the respondents seek is to apply subsection 46(1) to a stage of the proceedings, namely the institution of their action against the defendants, that was completed before the subsection came into force. Thus, as I have already indicated, for subsection 46(1) to apply herein, it must apply retroactively.

[22] Finally, I wish to add that a plain reading of subsection 46(1) leads me to the conclusion that the subsection does not apply to judicial proceedings commenced prior to its coming into force. In my view, the conditions set out in the subsection that "[i]f a contract for the carriage of goods by water to which the Hamburg Rules do not apply provides for the adjudication or arbitration of claims arising under the contract in a place other than Canada, a claimant may institute judicial . . . proceedings in a court . . . in Canada", are not readily applicable to proceedings commenced prior to the coming into force of the statute.

valoir le droit, elles traitent du déroulement du procès. Il est donc normal qu'une loi touchant le déroulement du procès s'applique aux procès en cours pour ce qui concerne leur déroulement futur. Il n'y a pas là de rétroactivité, simplement un effet immédiat. [Notes de bas de page omises; non souligné dans l'original.]

[20] Le professeur Sullivan souscrit à l'avis du professeur Côté lorsque celui-ci dit qu'il ne faut pas donner d'effet rétroactif aux lois procédurales. À la page 549 de Drieger, voici ce qui est dit:

[TRADUCTION] Lorsqu'il est conclu qu'une disposition est de nature purement procédurale, cette disposition a un effet général immédiat. Elle *n'a pas* d'effet rétroactif. La présomption à l'encontre de l'application rétroactive de la législation s'applique aux dispositions procédurales comme elle s'applique à tout texte législatif, sans exception. Par conséquent, toute tentative visant à appliquer une disposition procédurale à un stade de la procédure qui a pris fin avant l'entrée en vigueur de la disposition serait refusée, sous réserve d'une directive législative contraire. [Non souligné dans l'original.]

[21] Par conséquent, les lois procédurales, à compter de leur entrée en vigueur, s'appliquent en vue de réglementer des étapes procédurales futures. On leur donne un effet général immédiat, mais non un effet rétroactif. En l'espèce, les intimées cherchent à appliquer le paragraphe 46(1) à un stade de la procédure, à savoir l'introduction de l'action contre les défendeurs, qui a pris fin avant que la disposition en question soit entrée en vigueur. Comme il en a déjà fait mention, pour s'appliquer dans ce cas-ci, le paragraphe 46(1) doit donc avoir un effet rétroactif.

[22] Enfin, j'aimerais ajouter qu'une interprétation claire du paragraphe 46(1) m'amène à conclure que la disposition en question ne s'applique pas aux procédures judiciaires qui ont été engagées avant son entrée en vigueur. À mon avis, les conditions énoncées dans la disposition, selon lesquelles «[l]orsqu'un contrat de transport de marchandises par eau, non assujéti aux règles de Hambourg, prévoit le renvoi de toute créance découlant du contrat à une cour de justice ou à l'arbitrage en un lieu situé à l'étranger, le réclamant peut [. . .] intenter une procédure judiciaire [. . .] au Canada devant un tribunal», ne s'appliquent pas d'emblée aux procédures engagées avant l'entrée en vigueur de la loi.

[23] In view of my conclusion that subsection 46(1) does not apply to proceedings commenced prior to August 8, 2001 and that its application thereto would be retroactive, I need not deal with the issue of the applicants' vested rights.

[24] For these reasons, these appeals should be allowed. The Motions Judge's December 4, 2001 order should be set aside and a declaration made that subsection 46(1) of the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6, does not apply to the proceedings commenced by the respondents in file T-2330-00. The appellants should have their costs herein and below.

STRAYER J.A.: I agree.

EVANS J.A.: I agree.

[23] Étant donné que j'ai conclu que le paragraphe 46(1) ne s'applique pas aux procédures engagées avant le 8 août 2001 et qu'il s'appliquerait rétroactivement à ces procédures, je n'ai pas examiné la question des droits acquis des demandeurs.

[24] Pour ces motifs, ces appels devraient être accueillis. L'ordonnance que le juge des requêtes a rendue le 4 décembre 2001 devrait être infirmée et un jugement déclaratoire portant que le paragraphe 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6, ne s'applique pas aux procédures engagées par les intimées dans le dossier T-2330-00 devrait être rendu. Les appelants devraient avoir droit à leurs dépens devant la présente instance et devant l'instance inférieure.

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

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

A-771-00
2002 FCA 485

A-771-00
2002 CAF 485

Chippewas of Nawash First Nation, Paul Jones, and Chief Ralph Akiwenzie (*Appellants*)

Première nation des Chippewas de Nawash, Paul Jones et le chef Ralph Akiwenzie (*appelants*)

v.

c.

Her Majesty the Queen, as represented by The Minister of Fisheries and Oceans and The Minister of Indian Affairs and Northern Development (*Respondents*)

Sa Majesté la Reine, représentée par le ministre des Pêches et des Océans et par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (*intimés*)

INDEXED AS: CHIPPEWAS OF NAWASH FIRST NATION v. CANADA (MINISTER OF FISHERIES AND OCEANS) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: PREMIÈRE NATION DES CHIPPEWAS DE NAWASH c. CANADA (MINISTRE DES PÊCHES ET DES OCÉANS) (C.A.)

Court of Appeal, Linden, Sexton and Sharlow JJ.A.—
Toronto, November 19; Ottawa, December 10, 2002.

Cour d'appel, juges Linden, Sexton et Sharlow, J.C.A.—
Toronto, 19 novembre; Ottawa, 10 décembre 2002.

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Chippewas of Nawash First Nation, Indian band with reserve at Cape Croker, Georgian Bay, arguing federal government's Aboriginal Fisheries Strategy (AFS) breaching Charter s. 15(1) due to band's exclusion — AFS not extending to inland fisheries — Management of inland fisheries turned over to provinces century ago — F.C.T.D. Judge conducting s. 15 analysis established by S.C.C. in Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration) — Purpose to prevent violation of essential human dignity through stereotyping, imposition of disadvantage — Judge accepting comparator group proposed by Nawash — Whether, however, reverted to jurisdiction-based comparator group as suggested by government — Opinion of Bastarache J. in Lavoie v. Canada considered — F.C.T.D. Judge found distinction drawn by AFS not based on personal characteristic — End of matter since s. 15 claim fails if negative answer to first Law analysis question — Judge's comments on second, third steps of Law analysis obiter dicta — S.C.C. decision in Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs) discussed regarding issue as to whether distinction based on analogous grounds — Province of residence as yet unrecognized as analogous ground — As to whether differential treatment was discriminatory, F.C.T.D. Judge considered contextual factors, not convinced AFS functioned by stereotype — Appellants' rights denied due to fact Ontario regulates fishery as property, civil rights — Appellants' AFS exclusion not perpetuating any stereotype forming basis of historical discrimination faced by Aboriginal peoples — Underinclusive ameliorative program not inconsistent with Charter, s. 15(1) — Case at bar on all fours with Lovelace v. Ontario wherein S.C.C. upheld exclusion from ameliorative casino project — More than common need necessary to establish ameliorative program discriminates, contrary to s. 15(1) — Even if appellants felt left out, F.C.T.D. Judge correctly found reasonable man, in

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — La Première nation des Chippewas de Nawash, une bande indienne dont la réserve occupe le cap Croker, dans la baie Georgienne, soutenait que la Stratégie relative aux pêches autochtones (la SPA) établie par le gouvernement fédéral violait l'art. 15(1) de la Charte parce que la bande en était exclue — La SPA ne s'appliquait pas aux pêches intérieures — La gestion des pêches intérieures a été déléguée aux provinces au début du siècle dernier — Le juge de la C.F. 1^{re} inst. avait appliqué l'analyse relative à l'art. 15 établie par la C.S.C. dans Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) — L'objet était d'empêcher toute atteinte à la dignité humaine essentielle par l'imposition de stéréotypes et de désavantages — Le juge a accepté le groupe de comparaison soumis par les Nawash — Toutefois, il s'agissait de savoir s'il était revenu au groupe de comparaison fondé sur la compétence proposé par le gouvernement — Examen de l'avis exprimé par le juge Bastarache dans Lavoie c. Canada — Le juge de la C.F. 1^{re} inst. a conclu que la distinction établie par la SPA n'était pas fondée sur une caractéristique personnelle — Cela mettait fin à l'analyse étant donné qu'une demande fondée sur l'art. 15 est rejetée s'il est répondu par la négative à la première question de l'analyse préconisée dans Law — Les remarques faites par le juge aux deuxième et troisième étapes de l'analyse préconisée dans Law constituaient des remarques incidentes — Le jugement rendu par la C.S.C. dans Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) a été examiné à l'égard de la question de savoir si la distinction était fondée sur des motifs analogues — La province de résidence n'a pas encore été reconnue en tant que motif analogue — Quant à la question de savoir si la différence de traitement était discriminatoire, le juge de la C.F. 1^{re} inst. a examiné les facteurs contextuels; il n'était pas convaincu que la SPA reposait sur des stéréotypes — Les droits des appelants ont été refusés parce que l'Ontario

similar circumstances, would not feel dignity demeaned by AFS exclusion — Though case law now recognizes subtle forms of discrimination, s. 15 not intended to thwart programs to eradicate disadvantage in particular situations.

*Native Peoples — Chippewas of Nawash First Nation having reserve at Cape Croker, Georgian Bay, arguing federal government's Aboriginal Fisheries Strategy (AFS) infringing Charter, s. 15 due to band's exclusion — Nawash fishers from time immemorial — Fishing still of economic, cultural importance — Having Aboriginal right to commercial fishery — AFS touted as increasing First Nations' economic opportunities, foundation for new "social contract" among Aboriginal people, non-native fishers, government — Most AFS funding going to Aboriginal peoples fishing tidal waters — Management of inland fisheries handed over to provinces century ago — Trial Judge correctly finding distinction drawn by AFS not based on personal characteristic — S. 15 claim fails for negative answer to initial inquiry mandated by S.C.C. in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* — F.C.A. not without sympathy for arguments as to importance of particular location to Nawash as immutable personal characteristic essential to identity — Distinction not based on analogous grounds — S.C.C. has declined to recognize Aboriginality-residence per se as analogous ground, only "off-reserve status", limited subset — AFS did not perpetuate stereotypes forming basis of historical discrimination against Aboriginal peoples — AFS similar to program (casino project) upheld by S.C.C. in *Lovelace v. Ontario* — To find such programs violate Charter equality rights disincentive to new programs to ameliorate depressed social, economic conditions of Aboriginal communities — Argument refusal to apply AFS in Ontario due to administrative, fiscal convenience, not constitutional incompetence, "red-herring" — Fiduciary duty not breached.*

*réglemente la pêche en vertu de ses pouvoirs en matière de propriété et de droits civils — L'exclusion des appelants du champ d'application de la SPA ne perpétuait pas les stéréotypes servant de fondement à la discrimination à laquelle avaient toujours fait face les peuples autochtones — Un programme ayant un objet améliorateur mais un champ d'application trop limitatif n'est pas incompatible avec l'art. 15(1) de la Charte — La présente espèce correspondait exactement à l'affaire *Lovelace c. Ontario* dans laquelle la C.S.C. avait confirmé l'exclusion d'un projet de casino améliorateur — Il faut plus qu'un besoin commun pour établir qu'un programme améliorateur crée de la discrimination en violation de l'art. 15(1) — Même si les appelants se croyaient oubliés, le juge de la C.F. 1^{re} inst. a correctement conclu qu'une personne raisonnable se trouvant dans une situation similaire ne croirait pas que l'exclusion de la SPA portait atteinte à sa dignité — La jurisprudence reconnaît maintenant des formes subtiles de discrimination, mais l'art. 15 n'était pas destiné à nuire à des programmes visant à éliminer un désavantage dans des cas particuliers.*

*Peuples autochtones — La Première nation des Chippewas de Nawash, dont la réserve occupait le cap Croker, dans la baie Georgienne, soutenait que la Stratégie relative aux pêches autochtones (la SPA) du gouvernement fédéral violait l'art. 15 de la Charte parce que la bande en était exclue — Les Nawash pratiquaient la pêche depuis des temps immémoriaux — La pêche demeure une activité importante, pour des raisons économiques et culturelles — Les Nawash possèdent un droit ancestral de pratiquer la pêche commerciale — La SPA avait été annoncée comme étant destinée à accroître les perspectives économiques des Premières nations, la base d'un nouveau «contrat social» entre les peuples autochtones, les pêcheurs non autochtones et le gouvernement — Presque tous les fonds de la SPA étaient alloués aux peuples autochtones qui pêchaient dans les eaux de marée — La gestion des pêches intérieures a été déléguée aux provinces au début du siècle dernier — Le juge de première instance a correctement conclu que la distinction établie par la SPA n'était pas fondée sur une caractéristique personnelle — La demande fondée sur l'art. 15 a été rejetée puisqu'il avait été répondu par la négative à la première question énoncée par la C.S.C. dans *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* — La C.A.F. comprenait les arguments relatifs à l'importance de l'emplacement particulier pour les Nawash en tant que caractéristique personnelle immuable essentielle à leur identité — La distinction n'était pas fondée sur des motifs analogues — La C.S.C. a refusé de reconnaître l'autochtonité-résidence en soi comme motif analogue, mais elle a uniquement reconnu un sous-ensemble restreint, la «qualité de membres hors réserve» — La SPA ne perpétuait pas les stéréotypes servant de fondement à la discrimination à laquelle avaient toujours fait face les peuples autochtones — La SPA était semblable à un programme (un projet de casino) confirmé par la C.S.C. dans *Lovelace c. Ontario* — Conclure que pareils programmes violent les dispositions de la Charte*

Fisheries — Aboriginal Fisheries Strategy (AFS) — Nawash First Nation, having reserve on Georgian Bay, arguing AFS, administered by Minister of Fisheries and Oceans, violates Charter, s. 15 due to band's exclusion — Nawash fishers since time immemorial, having right to commercial fishery — AFS touted as program to stabilize fishery, increase economic opportunities for First Nations, new "social contract" among government, Aboriginal groups, non-native fishers — AFS funding not extending to inland fisheries, management of which had been turned over to provinces century ago — Perhaps constitutionally possible federal government could alter administrative arrangement with provinces but not required to do so by Charter — No breach of Charter, fiduciary duty.

This was an appeal from the decision of Dawson J. of the Trial Division dismissing appellants' claim alleging a violation of Charter, subsection 15(1) and breach of fiduciary duty arising from their exclusion from the Aboriginal Fisheries Strategy (AFS), a federal program. The principal issue herein was whether the government can exclude the Chippewas of Nawash First Nation from the AFS without infringing the Charter.

The Chippewas of Nawash First Nation is an Ojibwa Indian band having its reserve at Cape Croker, Georgian Bay. The AFS is administered by the Minister of Fisheries and Oceans, one of the respondents. The Nawash People have been fishers since time immemorial and fishing remains of economic and cultural importance to the community. Respondents acknowledged that the Nawash possess an Aboriginal right to a commercial fishery as well as a right to fish for food and ceremonial purposes.

Following the Supreme Court of Canada decision in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, the AFS was announced as a program intended to "stabilize the fishery and to increase economic opportunities for First Nations". It was to be the foundation for a new "social contract" among government, Aboriginal people and non-native fishers. Appellants, along

relatives aux droits à l'égalité sert à décourager la création de nouveaux programmes destinés à améliorer la situation sociale et économique défavorisée des collectivités autochtones — Il a été soutenu que le refus d'appliquer la SPA en Ontario pour des raisons de commodité administrative et financière et non pour un défaut de compétence sur le plan constitutionnel est un «faux-fuyant» — Il n'y avait pas eu manquement à l'obligation fiduciaire.

Pêches — Stratégie relative aux pêches autochtones (la SPA) — La Première nation Nawash, dont la réserve était située près de la baie Georgienne, avait soutenu que la SPA, administrée par le ministre des Pêches et des Océans, violait l'art. 15 de la Charte parce que la bande en était exclue — Les Nawash pratiquaient la pêche depuis des temps immémoriaux et possédaient un droit de pêcher à des fins commerciales — La SPA avait été annoncée en tant que programme destiné à stabiliser la pêche, à accroître les perspectives économiques des Premières nations, un nouveau «contrat social» conclu entre le gouvernement, les peuples autochtones et les pêcheurs non autochtones — Les fonds de la SPA ne s'appliquaient pas aux pêches intérieures, dont la gestion avait été déléguée aux provinces au début du siècle dernier — Sur le plan constitutionnel, il serait peut-être possible pour le gouvernement fédéral de modifier l'arrangement administratif auquel il est arrivé avec les provinces, mais la Charte ne l'oblige pas à le faire — Il n'y a pas eu violation de la Charte ou d'une obligation fiduciaire.

Il s'agissait d'un appel de la décision par laquelle le juge Dawson, de la Section de première instance, avait rejeté la demande dans laquelle les appelants alléguaient qu'il y avait eu violation du paragraphe 15(1) de la Charte et manquement à une obligation fiduciaire par suite de leur exclusion d'un programme fédéral, la Stratégie relative aux pêches autochtones (la SPA). En l'espèce, il s'agissait principalement de savoir si le gouvernement pouvait exclure la Première nation des Chippewas de Nawash de la SPA sans contrevenir à la Charte.

La Première nation des Chippewas de Nawash est une bande composée d'Indiens Ojibwés dont la réserve occupe le cap Croker, qui avance dans la baie Georgienne. La SPA est administrée par l'un des intimés, le ministre des Pêches et des Océans. Le peuple Nawash pratique la pêche depuis des temps immémoriaux; la pêche demeure une activité importante pour la collectivité, et ce, pour des raisons économiques et culturelles. Les intimés ont reconnu qu'en plus de leur droit de pêcher à des fins alimentaires et rituelles, les Nawash possèdent un droit ancestral de pratiquer la pêche commerciale.

À la suite du jugement prononcé par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, la SPA a été annoncée en tant que programme destiné à «stabiliser la pêche et à accroître les perspectives économiques des Premières nations». Ce programme devait constituer la base d'un nouveau «contrat social» conclu entre le

with other Aboriginal groups involved in inland fishing, have been denied AFS funding. Most AFS money has gone to Aboriginal peoples fishing in tidal waters, 70% for British Columbia and the remainder for the Atlantic region and the North. In 1993, the Nawash were advised of their ineligibility for AFS funding because the AFS does not extend to inland fisheries within provincial boundaries. Management of these fisheries had been turned over to the provinces at the turn of the century. This delegation of authority occurred in 1899, subsequent to a decision of the Judicial Committee of the Privy Council on a constitutional reference. Since then, DFO has had little involvement in managing fisheries in Ontario's non-tidal waters.

The Nawash brought an action in Federal Court, claiming a declaration that Charter, section 15, was violated by the AFS in that they were deprived of equality before and under the law, denied equal protection under the law and discriminated against due to their geographic location.

The Trial Division Judge followed the framework for a Charter, subsection 15(1) analysis established by the Supreme Court of Canada in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* and began by recognizing that the purpose of the subsection is to "prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice". The Judge appreciated the necessity for a comparator group. Appellants proposed as the comparator Aboriginal fishing communities which are eligible for AFS benefits. Respondents suggested that the comparator group be refined to those Aboriginal people who can satisfy the necessary precondition that they are prepared to enter into a co-management agreement with the DFO, and who are in a location where DFO has authority to manage the fishery. The Judge rejected the refinement put forward by respondents.

Held, the appeal should be dismissed.

Upon appeal it was argued that, while the Judge accepted the comparator group proposed by the appellants, at crucial stages of the section 15 analysis she reverted to the jurisdiction-based comparator group suggested by respondent. Appellants cited the recent Supreme Court of Canada decision in *Lavoie v. Canada* as authority for the proposition that a division-of-powers analysis has no place in a section 15

gouvernement, les peuples autochtones et les pêcheurs non autochtones. Les appelants, ainsi que d'autres groupes autochtones se livrant à la pêche intérieure, se sont vu refuser l'accès au financement accordé dans le cadre de la SPA. Presque tous les fonds de la SPA ont été alloués aux peuples autochtones qui pêchent dans les eaux de marée, 70 p. 100 des fonds étant mis de côté pour la Colombie-Britannique et le reste pour la région de l'Atlantique et pour le Nord. En 1993, les Nawash ont été informés qu'ils n'étaient pas admissibles à un financement dans le cadre de la SPA parce que la SPA ne s'appliquait pas à la pêche dans les eaux continentales situées à l'intérieur des frontières provinciales. La gestion de ces pêches avait été déléguée aux provinces au début du siècle. Cette délégalation de pouvoir a eu lieu en 1899, à la suite d'une décision du Comité judiciaire du Conseil privé rendue dans le cadre d'un renvoi constitutionnel. Depuis lors, le MPO a peu participé à la gestion des pêches dans les eaux sans marée de l'Ontario.

Les Nawash ont intenté une action devant la Cour fédérale en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que la SPA violait l'article 15 de la Charte en les privant de l'égalité devant la loi, en leur refusant la protection égale de la loi et en faisant preuve de discrimination à leur endroit en raison de leur emplacement géographique.

Le juge de la Section de première instance a appliqué le cadre d'analyse énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* à l'égard du paragraphe 15(1) de la Charte et a commencé par dire que l'objet de la disposition en question était 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». Le juge a reconnu la nécessité d'avoir un groupe de comparaison. Les appelants ont proposé comme élément comparateur les collectivités autochtones de pêcheurs qui peuvent bénéficier des avantages de la SPA. Les intimés ont soutenu que le groupe de comparaison devait être limité aux peuples autochtones qui sont en mesure de remplir la condition préalable nécessaire suivant laquelle ils sont disposés à conclure une entente de cogestion avec le MPO et qui se trouvent dans une région relevant du pouvoir de gestion de la pêche du MPO. Le juge a conclu qu'il n'était pas nécessaire de préciser le groupe de comparaison proposé par les intimés.

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

Lors de l'appel, il a été affirmé que, même si le juge avait accepté le groupe de comparaison soumis par les appelants, aux étapes cruciales de l'analyse relative à l'article 15, le juge est revenu au groupe de comparaison fondé sur la compétence que l'intimée avait proposé. Les appelants ont mentionné la décision que la Cour suprême du Canada venait de rendre dans l'affaire *Lavoie c. Canada* à l'appui de la thèse selon laquelle

inquiry. It was said by Bastarache J. in that case that “the very essence of an entrenched bill of rights such as the Charter is to analyze differential treatment as an issue of equality rights, not of federal versus provincial jurisdiction”. While respecting that teaching, this Court had to determine whether the comparator group used by Dawson J. was in conflict with what was said by Bastarache J. Certainly, the Trial Judge used language reminiscent of a division-of-powers analysis. But while *Lavoie* instructs that, in a Charter case, equality rights are not to be trumped by jurisdictional problems, the remarks of Justice Dawson did not constitute appealable error as they were made only after she had disposed of the subsection 15(1) claim. In the first inquiry under the *Law* analysis, the Judge concluded that the distinction drawn by the AFS was not based upon a personal characteristic and that was an end of the matter since a section 15 claim cannot succeed absent an affirmative answer to the initial inquiry mandated by *Law*. Dawson J. did not have to consider the jurisdictional issue to resolve the case. Her Ladyship’s comments in the second and third steps of the analysis were mere *obiter dicta*. While her reference to the “pith and substance” of the AFS was problematic, it was inconsistent for appellants now to criticize the Trial Division Judge for discussing jurisdictional issues, considering that they themselves had advanced jurisdictional arguments with regard to the nature of the AFS. The Judge was, in any event, correct in concluding that there were no valid personal characteristics, analogous grounds or discriminatory effect on which this Charter claim could be based.

Appellants submitted that the Judge ignored the relevance of Georgian Bay and Lake Huron to the Nawash People and how the attachment to those particular waters and lands forms an immutable or constructively immutable personal characteristic for them. They further argued that location and residence were fundamental to Aboriginal and treaty rights to fish. It was said that an Aboriginal person’s attachment to traditional lands and waters is a personal characteristic and essential to his identity. While sympathetic to the appellants’ position and understanding how important the land is to their identity as a people, the Court was not persuaded that the Judge erred in concluding that appellants were not excluded from the AFS on account of a personal characteristic.

une analyse relative au partage des pouvoirs n’a pas sa place dans un examen fondé sur l’article 15. Le juge Bastarache a dit, dans cette décision-là, que «l’essence même d’une déclaration constitutionnalisée des droits comme la Charte est de définir une différence de traitement en fonction des droits à l’égalité et non du partage des pouvoirs fédéraux et provinciaux». La Cour a respecté cette directive, mais elle devait déterminer si le groupe de comparaison utilisé par le juge Dawson allait à l’encontre des remarques du juge Bastarache. Le juge de première instance a certes employé des termes rappelant ceux qui sont utilisés dans une analyse relative au partage des pouvoirs. L’arrêt *Lavoie* enseigne que, dans une affaire où la Charte est en cause, des considérations de compétence ne devraient pas l’emporter sur les questions d’égalité, mais les remarques du juge Dawson ne constituaient pas une erreur susceptible d’appel parce que le juge les avait uniquement faites après avoir déterminé le résultat de l’allégation se rapportant au paragraphe 15(1). Quant au premier examen effectué selon l’analyse préconisée dans l’arrêt *Law*, le juge a conclu que la distinction faite par la SPA n’était pas fondée sur une caractéristique personnelle et que cela mettait fin à l’analyse puisque, pour être accueillie, une demande fondée sur l’article 15 exige que l’on réponde par l’affirmative à la première question énoncée dans l’arrêt *Law*. Le juge Dawson n’avait pas eu à examiner la question de la compétence pour régler l’affaire. Les remarques que le juge avait faites aux deuxième et troisième étapes de l’analyse ne constituaient que des remarques incidentes. Les termes employés par le juge pour décrire l’«essence» de la SPA posaient des problèmes, mais les appelants ne pouvaient pas maintenant reprocher au juge de la Section de première instance de mentionner les considérations de compétence puisqu’ils avaient eux-mêmes avancé des arguments fondés sur la compétence au sujet de la nature de la SPA. De toute façon, le juge avait correctement conclu qu’il n’y avait pas de caractéristiques personnelles valables, de motifs analogues ou d’effet discriminatoire sur lesquels une allégation mettant en cause la Charte pouvait être fondée.

Les appelants ont déclaré que le juge n’avait pas tenu compte de l’importance de la baie Georgienne et du lac Huron pour les Nawash et de la façon dont l’attachement à ces eaux et terres particulières forme à leurs yeux une caractéristique personnelle immuable ou considérée comme immuable. Ils ont en outre affirmé que l’emplacement et la résidence étaient des éléments fondamentaux en ce qui concerne les droits de pêche ancestraux et issus de traités. Il a été soutenu que l’attachement d’un Autochtone aux terres et eaux ancestrales est une caractéristique personnelle: une chose qui est essentielle à l’identité de cet Autochtone. La Cour comprenait la position des appelants et reconnaissait jusqu’à quel point les terres constituaient une bonne partie de leur identité en tant que peuple, mais elle n’était pas convaincue que le juge avait commis une erreur en concluant que les appelants n’étaient pas

Although it was not necessary to do so, the Court considered the Judge's application of the final two stages of the *Law* test since the parties had made submissions regarding analogous grounds and discrimination. As to whether there was a distinction based on analogous grounds, the appellants argued that the AFS distinguishes between Aboriginal people having coastal reserves with those in other parts of Canada. But in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, the Supreme Court of Canada declined to recognize Aboriginality-residence *per se* as an analogous ground, recognizing only "off-reserve status", a limited subset of this analogous ground. Province of residence has yet to be accepted as an analogous ground, although the Supreme Court of Canada, in *R. v. Turpin*, left open that question. This Court, in *Archibald v. Canada* (which concerned compulsory pooling under the *Canadian Wheat Board Act*) was not prepared to conclude that place of residence is an analogous ground. Even so, given the connection of the Nawash People with their geographic region, which militated against their relocation to a coastal community, this characteristic is no less constructively immutable than religion or citizenship. But while the ground recognized in *Corbiere* might be expanded to encompass a case such as that at bar, that question did not have to be decided in view of the Judge's finding in the initial *Law* inquiry.

Turning to the question of whether the differential treatment was discriminatory, the Judge examined the four contextual factors which form the basis of the third stage of the discrimination analysis. The Judge was not convinced that the AFS functioned by device of stereotype. Appellants' rights were denied due to the reality that Ontario has the right to regulate the fishery as a matter of property and civil rights. The AFS did not perpetuate a view that appellants are of less value as human beings. Their exclusion from the AFS does not perpetuate any of the stereotypes which formed the basis of the historical discrimination faced by Aboriginal peoples.

The AFS had an ameliorative purpose and, in *Lovelace v. Ontario*, (a targeted ameliorative program involving a casino project), the Supreme Court of Canada held that exclusion from a targeted or partnership program was less likely to be associated with stereotyping than exclusion from a general

exclus du champ d'application de la SPA en raison d'une caractéristique personnelle.

Même s'il n'était pas nécessaire de le faire, la Cour a examiné l'application par le juge des deux dernières étapes du critère énoncé dans l'arrêt *Law* étant donné que les parties avaient invoqué des arguments à l'égard des motifs analogues et de la discrimination. Quant à la question de savoir s'il y avait une distinction fondée sur des motifs analogues, les appelants ont soutenu que la SPA établit une distinction entre les peuples autochtones dont les réserves sont situées dans les provinces côtières et ceux dont les réserves se trouvent ailleurs au Canada. Toutefois, dans l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, la Cour suprême n'a pas reconnu que l'autochtonité-lieu de résidence constituait en soi un motif analogue, mais elle a uniquement reconnu un sous-ensemble restreint de ce motif analogue, la «qualité de membres hors réserve». La province de résidence n'a pas encore été reconnue en tant que motif analogue; dans l'arrêt *R. c. Turpin*, la Cour suprême du Canada n'a pas répondu à cette question. Dans la décision *Archibald c. Canada* (qui portait sur la mise en commun obligatoire prévue par la *Loi sur la Commission canadienne du blé*), la Cour n'était pas prête à conclure que le lieu de résidence constituait un motif analogue. Malgré tout, à cause du lien existant entre les Nawash et leur région géographique, lien qui les empêchait de s'établir dans une collectivité côtière, cette caractéristique n'est pas moins considérée comme immuable que la religion ou la citoyenneté. Le motif reconnu dans l'arrêt *Corbiere* pourrait être appliqué de façon à englober une affaire telle que celle-ci, mais cette question n'avait pas à être tranchée étant donné la conclusion que le juge avait tirée dans le cadre de l'examen initial fondé sur l'arrêt *Law*.

Quant à la question de savoir si la différence de traitement était discriminatoire, le juge a examiné les quatre facteurs contextuels qui servent de fondement à la troisième étape de l'analyse relative à la discrimination. Le juge n'était pas convaincu que la SPA reposait sur des stéréotypes. Les droits des appelants étaient refusés parce que l'Ontario a le droit de prendre des règlements sur la pêche en vertu de ses pouvoirs en matière de propriété et de droits civils. La SPA n'avait pas pour effet de perpétuer l'opinion que les appelants sont moins valorisés en tant qu'êtres humains. L'exclusion de la SPA ne perpétue pas les stéréotypes qui servaient de fondement à la discrimination à laquelle avaient toujours fait face les peuples autochtones.

La SPA visait à l'amélioration; dans l'arrêt *Lovelace c. Ontario* (portant sur un programme ciblé améliorateur se rapportant à un projet de casino), la Cour suprême du Canada a statué que l'exclusion d'un groupe d'un programme ciblé ou établi en partenariat risquait moins d'associer à ce groupe des

benefits program. An underinclusive ameliorative program is not inconsistent with Charter, subsection 15(1). The program in *Lovelace*, was very similar to the AFS which also had an ameliorative aim: to improve the life of Aboriginals while managing the fishery. The facts of the case at bar were on all fours with the program upheld in *Lovelace*. That case was also authority for the proposition that more than a common need is necessary to establish that an ameliorative program discriminates, contrary to Charter, subsection 15(1).

The Trial Division Judge followed the Supreme Court's teaching in *Law* by thoroughly examining the contextual factors in determining whether the AFS had demeaned appellants' human dignity. The inquiry is both subjective and objective: the perspectives of both appellants and that of a reasonable person similarly situated with appellants had to be taken into account. While Chief Akiwenzie testified that his people felt left out and forgotten, Dawson J. did not err in concluding that a reasonable person, in circumstances similar to the Nawash People, would not feel that exclusion from AFS imposes differential treatment such as to be demeaning to dignity. Although groups like the Nawash who are excluded from targeted programs may well feel left out, to find that such programs violate Charter equality rights might be a disincentive to the creation of further programs to ameliorate the depressed social and economic conditions of our Aboriginal communities. It is true that, since 1985, case law on section 15 has come to recognize more subtle forms of discrimination, that provision was not intended to thwart ameliorative programs aimed at eradicating disadvantage in particular situations. The AFS is not an underinclusive program at odds with the purpose of subsection 15(1).

Another argument put forward by appellants was that the Crown had breached its fiduciary duty by favouring administrative convenience over equal treatment of comparable beneficiaries. Their submission was that when the Crown implements a program to facilitate Aboriginal rights, there is a fiduciary duty to ensure that it applies equally to all Aboriginal peoples holding those rights. But Dawson J. had correctly applied the doctrine of "reasonable expectations" and the "ceding of power-vulnerability" approach to determine whether a fiduciary duty was owed herein. Her determination,

stéréotypes que le fait d'être exclu d'un programme prévoyant des avantages généraux. Un programme ayant un objet améliorateur mais un champ d'application trop limitatif n'est pas incompatible avec le paragraphe 15(1) de la Charte. L'affaire *Lovelace* portait sur un programme fort semblable à la SPA qui avait également un objet améliorateur: améliorer la vie des Autochtones tout en gérant la pêche. Les faits de la présente espèce correspondaient exactement à ceux de l'affaire *Lovelace*, où le programme avait été confirmé. Cet arrêt faisait également autorité à l'appui de la thèse selon laquelle il faut plus qu'un besoin commun pour établir qu'un programme améliorateur crée de la discrimination, en violation du paragraphe 15(1) de la Charte.

Le juge de la Section de première instance a utilisé le concept expliqué par la Cour suprême dans l'arrêt *Law* en examinant à fond les facteurs contextuels en vue de déterminer si la SPA portait atteinte à la dignité humaine des appelants. La portée de l'examen est à la fois subjective et objective: le point de vue des appelants et celui de la personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle des appelants devaient être pris en compte. Même si le chef Akiwenzie a témoigné que son peuple se sentait mis à l'écart et oublié, le juge Dawson n'a pas commis d'erreur en concluant qu'une personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle du peuple Nawash ne croirait pas que l'exclusion de la SPA impose un traitement différent ayant pour effet de porter atteinte à sa dignité. Des groupes tels que les Nawash, qui se trouvent exclus de programmes ciblés, peuvent légitimement se sentir oubliés, mais conclure que pareils programmes violent les dispositions de la Charte relatives aux droits à l'égalité pourrait servir à décourager la création d'autres programmes destinés à améliorer la situation sociale et économique défavorisée de nos collectivités autochtones. Il est vrai que depuis 1985 la jurisprudence portant sur l'article 15 a reconnu des formes plus subtiles de discrimination, mais cette disposition n'était pas destinée à nuire aux programmes améliorateurs visant à éliminer un désavantage dans des cas particuliers. La SPA n'est pas un programme dont le champ d'application est trop limitatif allant à l'encontre de l'objet du paragraphe 15(1).

Un autre argument avancé par les appelants était que la Couronne avait manqué à son obligation fiduciaire en favorisant ses propres intérêts administratifs plutôt que de traiter de façon égale des bénéficiaires comparables. Selon les appelants, lorsqu'un programme visant à faciliter des droits ancestraux est mis en œuvre, la Couronne a l'obligation fiduciaire de s'assurer que le programme s'applique uniformément à tous les peuples autochtones qui sont titulaires de ces droits. Cependant, le juge Dawson avait appliqué correctement la doctrine des «attentes raisonnables» et

that no such duty was owed, should not be disturbed.

Appellants' argument, that the government's refusal to apply the AFS in Ontario resulted not from constitutional incompetence but rather from administrative and fiscal convenience, could be termed a "red-herring". While it might be constitutionally possible for the federal government to alter its administrative arrangement with the provinces as to management of inland fisheries, subsection 15(1) does not require that this be done.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Aboriginal Communal Fishing Licences Regulations, SOR/93-332.
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.
Canadian Wheat Board Act, R.S.C., 1985, c. C-24.
Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 91(12), 92(13).
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5.
Ontario Fishery Regulations, 1989, SOR/89-93.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

R. v. Sparrow, [1990] 1 S.C.R. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *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; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; [1999] 3 C.N.L.R. 19; 239 N.R. 1; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950; (2000), 188 D.L.R. (4th) 193; [2000] 4 C.N.L.R. 145; 255 N.R. 1; 134 O.A.C. 201.

APPLIED:

R. v. Jones (1993), 14 O.R. (3d) 421; [1993] 3 C.N.L.R. 182 (Prov. Div.); *Archibald v. Canada*, [2000] 4 F.C. 479; (2000), 188 D.L.R. (4th) 538; 76 C.R.R. (2d) 215; 257 N.R. 105 (C.A.).

L'approche «cession de pouvoir-vulnérabilité» pour déterminer s'il existait une obligation fiduciaire en l'espèce. La conclusion du juge selon laquelle il n'existait aucune obligation de ce genre ne devrait pas être modifiée.

L'argument des appelants, à savoir que le refus du gouvernement d'appliquer la SPA en Ontario non parce qu'il n'est pas compétent sur le plan constitutionnel, mais plutôt pour des raisons de commodité administrative et financière, pourrait être qualifié de faux-fuyant. Sur le plan constitutionnel, il serait peut-être possible pour le gouvernement fédéral de modifier l'arrangement administratif auquel il est arrivé avec les provinces au sujet de la gestion des pêches intérieures, mais le paragraphe 15(1) ne l'oblige pas à le faire.

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 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(12), 92(13).
Loi sur la Commission canadienne du blé, L.R.C. (1985), ch. C-24.
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5.
Règlement de pêche de l'Ontario de 1989, DORS/89-93.
Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones, DORS/93-332.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *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; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; [1999] 3 C.N.L.R. 19; 239 N.R. 1; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950; (2000), 188 D.L.R. (4th) 193; [2000] 4 C.N.L.R. 145; 255 N.R. 1; 134 O.A.C. 201.

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

R. v. Jones (1993), 14 O.R. (3d) 421; [1993] 3 C.N.L.R. 182 (Div. prov.); *Archibald c. Canada*, [2000] 4 C.F. 479; (2000), 188 D.L.R. (4th) 538; 76 C.R.R. (2d) 215; 257 N.R. 105 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Lavoie v. Canada, [2002] 1 S.C.R. 769; (2002), 210 D.L.R. (4th) 193; 15 C.C.E.L. (3d) 159; 92 C.R.R. (2d) 1; 22 Imm. L.R. (3d) 182; 284 N.R. 1.

REFERRED TO:

R. v. Turpin, [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115.

AUTHORS CITED

Borrows, John and Leonard Rotman. *Aboriginal Legal Issues: Cases, Materials and Commentary*. Toronto: Butterworths, 1998.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. (loose-leaf). Toronto: Carswell, 1997.

APPEAL from the Federal Court Trial Division decision ((2000), 37 C.E.L.R. (N.S.) 44; [2001] 1 C.N.L.R. 20; 79 C.R.R. (2d) 46; 196 F.T.R. 249), holding that the federal government's Aboriginal Fisheries Strategy breached neither Charter, subsection 15(1) nor the Crown's fiduciary duty in respect of the Chippewas of Nawash First Nation. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Louis P. Strezos, Kent W. Roach and William B. Henderson for appellants.

Dale L. Yurka and Peter Hajecek for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Louis P. Strezos, Toronto, *Kent W. Roach*, Toronto, and *William B. Henderson*, Toronto, for appellants.

Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LINDEN J.A.:

INTRODUCTION

[1] This is an appeal from the trial decision of Madam Justice Dawson (Trial Judge) [(2000) 37 C.E.L.R. (N.S.)

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Lavoie c. Canada. [2002] 1 R.C.S. 769; (2002), 210 D.L.R. (4th) 193; 15 C.C.E.L. (3d) 159; 92 C.R.R. (2d) 1; 22 Imm. L.R. (3d) 182; 284 N.R. 1.

DÉCISION CITÉE:

R. c. Turpin, [1989] 1 R.C.S. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115.

DOCTRINE

Borrows, John and Leonard Rotman. *Aboriginal Legal Issues: Cases, Materials and Commentary*. Toronto: Butterworths, 1998.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4th ed.. (loose-leaf). Toronto: Carswell, 1997.

APPEL d'une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale ((2000), 37 C.E.L.R. (N.S.) 44; [2001] 1 C.N.L.R. 20; 79 C.R.R. (2d) 46; 196 F.T.R. 249), statuant que la Stratégie relative aux pêches autochtones du gouvernement fédéral n'allait pas à l'encontre du paragraphe 15(1) de la Charte ou de l'obligation fiduciaire incombant à la Couronne à l'égard de la Première nation des Chippewas de Nawash. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Louis P. Strezos, Kent W. Roach et William B. Henderson pour les appelants.

Dale L. Yurka et Peter Hajecek pour les intimés.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Louis P. Strezos, Toronto, *Kent W. Roach*, Toronto, et *William B. Henderson*, Toronto, pour les appelants.

Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

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

LE JUGE LINDEN, J.C.A.:

INTRODUCTION

[1] Il s'agit d'un appel de la décision de première instance par laquelle M^{me} le juge Dawson (le juge de

44 (F.C.T.D.)), which dismissed the appellants' claim alleging a violation of subsection 15(1) 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] (the Charter) and a breach of fiduciary duty by the federal government, both arising from the exclusion of the appellants from a federal program, the Aboriginal Fisheries Strategy (AFS).

[2] The main issue in this case is whether or not the government can exclude the Chippewas of Nawash First Nation from the AFS without infringing subsection 15(1) of the Charter. The parties have arranged to litigate only the subsection 15(1) issue, leaving for another day, damages matters and the section 1 arguments, if necessary.

FACTS

[3] The appellant, the Chippewas of Nawash First Nation (Nawash People), is a band of Ojibwa Indians whose reserve occupies Cape Croker, which juts out into Georgian Bay, Lake Huron, from the Bruce Peninsula, in the province of Ontario. The individual appellants are members of the Nawash People. Chief Akiwenzie has been Chief of the Nawash People since 1989. Paul Jones is resident on the reserve, and is described as a long-time fisherman.

[4] The respondent Minister of Indian Affairs and Northern Development is the federal Minister responsible for administering the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5. The respondent Minister of Fisheries and Oceans administers the impugned AFS on behalf of the federal government.

[5] The ancestral homeland of the Nawash People includes Cape Croker and a number of offshore fishing islands. Fishing in Georgian Bay has been conducted by the Nawash People since time immemorial, and is still very important to the community for both economic and cultural reasons. The respondents do not dispute that in addition to their right to fish for food, social and ceremonial purposes (recognized by the Supreme Court of Canada in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075) the

première instance) [(2000) 37 C.E.L.R. (N.S.) 44 (C.F. 1^{re} inst.)] a rejeté la demande dans laquelle les appelants alléguaient qu'il y avait eu violation du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte) et manquement à l'obligation fiduciaire incombant au gouvernement fédéral par suite de leur exclusion d'un programme fédéral, la Stratégie relative aux pêches autochtones (la SPA).

[2] En l'espèce, il s'agit principalement de savoir si le gouvernement peut exclure la Première nation des Chippewas de Nawash de la SPA sans contrevenir au paragraphe 15(1) de la Charte. Les parties se sont entendues pour plaider uniquement la question fondée sur le paragraphe 15(1), en reportant à plus tard la question des dommages-intérêts et les arguments fondés sur l'article premier, au besoin.

LES FAITS

[3] L'appelante, la Première nation des Chippewas de Nawash (le peuple Nawash ou les Nawash), est une bande composée d'Indiens Ojibwés dont la réserve occupe le cap Croker, qui avance dans la baie Georgienne, lac Huron, sur la péninsule Bruce, en Ontario. Les appelants individuels sont membres du peuple Nawash. Le chef Akiwenzie est chef des Nawash depuis 1989. Paul Jones réside dans la réserve; on le présente comme un pêcheur de longue date.

[4] Le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien intimé est le ministre fédéral responsable de l'administration de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5. Le ministre des Pêches et des Océans intimé administre la SPA contestée pour le compte du gouvernement fédéral.

[5] Le territoire ancestral du peuple Nawash comprend le cap Croker et un certain nombre d'îles de pêche situées au large des côtes. Le peuple Nawash pratique la pêche dans la baie Georgienne depuis des temps immémoriaux; la pêche demeure une activité très importante pour la collectivité, et ce, pour des raisons économiques et culturelles. Les intimés ne contestent pas qu'en plus de leur droit de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles (droit reconnu par la Cour suprême

Nawash People have an Aboriginal right to a commercial fishery in Georgian Bay (recognized in *R. v. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421 (Prov. Div.)).

[6] On June 29, 1992, the Minister of Fisheries and Oceans announced a federal program, called the AFS, designed to “stabilize the fishery and to increase economic opportunities for First Nations”. The AFS was the foundation for what the Minister called a new “social contract” among government, Aboriginal people, and non-native fishing groups after *Sparrow*.

[7] The AFS aims to enhance opportunities in Canadian fisheries for Aboriginal people while at the same time achieving predictability, stability and enhanced profitability for all participants in those fisheries. The AFS was initially designed to expend \$140 million over a four-year period. However, in 1996, after a review of the program which stated that, through partnering arrangements with Aboriginal fishing authorities, the management of Aboriginal fishing had been greatly improved, the government decided to continue the program under the existing terms and conditions. There is no fixed end date of the AFS at this time.

[8] The appellants have been denied access to AFS funding, as have other Aboriginal groups that pursue inland fishing. Almost all AFS money has been allocated to assist Aboriginal persons and groups fishing in tidal waters, 70% being set aside for British Columbia, and the rest for Atlantic Canada and the North.

[9] On February 16, 1993, officials from the federal Department of Fisheries and Oceans (DFO) told representatives of the Nawash People that they are not eligible for AFS funding because the AFS does not apply to inland fisheries within provincial boundaries. The federal government delegated the management of those

du Canada dans l’arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075), le peuple Nawash possède un droit ancestral de pratiquer la pêche commerciale dans la baie Georgienne (droit reconnu dans la décision *R. v. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421 (Div. prov.)).

[6] Le 29 juin 1992, le ministre des Pêches et des Océans a annoncé un programme fédéral, appelé la SPA, destiné à [TRADUCTION] «stabiliser la pêche et à accroître les perspectives économiques des Premières nations». La SPA constituait la base de ce que le ministre a appelé un nouveau «contrat social» conclu entre le gouvernement, les peuples autochtones et les groupes de pêcheurs non autochtones après que le jugement eut été prononcé dans l’affaire *Sparrow*.

[7] La SPA vise à accroître les perspectives des peuples autochtones dans le domaine des pêches canadiennes tout en assurant le caractère prévisible, la stabilité et une rentabilité accrue pour toutes les personnes participant à ces pêches. La SPA devait initialement coûter 140 millions de dollars sur une période de quatre ans. Toutefois, en 1996, après un examen du programme qui montrait qu’au moyen d’ententes de partenariat conclues avec les autorités autochtones chargées de la pêche, la gestion de la pêche autochtone s’était grandement améliorée, le gouvernement a décidé de continuer le programme aux mêmes conditions. À l’heure actuelle, aucune date d’expiration n’est prévue pour la SPA.

[8] Les appelants se sont vu refuser l’accès au financement accordé dans le cadre de la SPA, comme ce fut le cas pour d’autres groupes autochtones qui se livrent à la pêche intérieure. Presque tous les fonds de la SPA ont été alloués en vue d’aider des personnes et des groupes autochtones qui pêchent dans les eaux de marée, 70 p. 100 des fonds étant mis de côté pour la Colombie-Britannique et le reste pour la région de l’Atlantique et pour le Nord.

[9] Le 16 février 1993, des fonctionnaires du ministère fédéral des Pêches et des Océans (le MPO) ont expliqué à des représentants des Nawash qu’ils n’étaient pas admissibles à un financement dans le cadre de la SPA parce que la SPA ne s’appliquait pas à la pêche dans les eaux continentales situées à l’intérieur des frontières

fisheries to the provinces at the turn of the century.

[10] The *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982 c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5] (*Constitution Act, 1867*) has been interpreted to provide that jurisdiction over inland fisheries is shared between the federal and provincial governments. Subsection 91(12) confers on the federal government jurisdiction over sea coast and inland fisheries. Subsection 92(13) confers on the provinces jurisdiction over property and civil rights. In their agreed statement of facts, the parties outline the origin of the federal government's delegation of its inland fishery power:

A decision of the Judicial Committee of the British Privy Council, *Attorney General for the Dominion of Canada v. The Attorney General for the Province of Ontario, Quebec and Nova Scotia*, [1898] A.C. 700 on a constitutional reference to the courts by the Governor General of Canada, in 1894, dealt with respective federal and provincial proprietorship of and jurisdiction over fisheries. Following that decision, on or about February 27, 1899, a memorandum submitted by the federal Minister of Marine and Fisheries for the approval of the Governor General of Canada called for dispensing with the services of certain federal fisheries officers in Ontario, and leaving the administration of certain fisheries matters in Ontario to provincial authorities. (Crown Doc 4) On or about May 8, 1926, a federal Order-In-Council was passed transferring certain federally-owned fish hatcheries in Ontario to the provincial Crown (Crown Doc 5).

Certain responsibilities with respect to the administration of inland fisheries in Ontario have been delegated to the Ontario Minister of Natural Resources by the *Ontario Fishery Regulations, 1989*, SOR/89-93, and the *Aboriginal Communal Fishing Licences Regulations*, SOR/93-332. Thus, through the administrative arrangement of 1899, Ontario has managed nearly all aspects of its own non-tidal fisheries for over a century. The federal DFO has retained little involvement in the management of the fisheries in the non-tidal waters of Ontario.

provinciales. Le gouvernement fédéral a délégué la gestion de ces pêches aux provinces au début du siècle.

[10] La *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982, sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5] (la *Loi constitutionnelle de 1867*) a été interprétée comme prévoyant que la compétence sur la pêche intérieure est partagée entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux. Le paragraphe 91(12) de cette loi confère au gouvernement fédéral la compétence sur la pêche côtière et la pêche intérieure. Le paragraphe 92(13) confère aux provinces la compétence sur la propriété et les droits civils. Dans leur exposé conjoint des faits, les parties énoncent l'origine de la délégation par le gouvernement fédéral du pouvoir qui lui est conféré sur les pêches intérieures:

[TRADUCTION] Saisi en 1894 d'un renvoi constitutionnel formé par le gouverneur général du Canada, le Comité judiciaire du Conseil privé britannique s'est penché, dans l'arrêt *Procureur général du dominion du Canada c. Procureur général des provinces de Québec, d'Ontario et de la Nouvelle-Écosse*, [1898] A.C. 700, sur le droit de propriété et la compétence respectives du gouvernement fédéral et des législatures provinciales sur les pêches. À la suite de cette décision, dans une note de service datée du 27 février 1899 et soumise à l'approbation du gouverneur général du Canada, le ministre fédéral de la Marine et des Pêches demandait que l'on se passe des services de certains agents fédéraux des pêches en Ontario et que l'on confie l'administration de certaines questions relatives à la pêche en Ontario aux autorités provinciales (doc. 4 du ministère public). Vers le 8 mai 1926, un décret fédéral a été pris en vue de transférer à la Couronne provinciale de l'Ontario certaines écloséries appartenant au gouvernement fédéral (doc. 5 du ministère public).

Certaines attributions relatives à la gestion des pêches intérieures en Ontario ont été déléguées au ministre des Ressources naturelles de l'Ontario aux termes du *Règlement de pêche de l'Ontario de 1989*, DORS/89-93 et du *Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones*, DORS/93-332. Par conséquent, en vertu de l'entente administrative de 1899, l'Ontario gère depuis plus d'un siècle presque tous les aspects de ses propres pêches en eaux sans marée. Le MPO fédéral s'est réservé un rôle modeste en ce qui concerne la gestion des pêches dans les eaux sans marée de l'Ontario.

[11] The parties agree that the only basis upon which the appellants have been denied AFS funding is that they operate an Aboriginal fishery in an area where the management of inland fisheries purports to have been delegated by the federal government to the province of Ontario.

[12] The appellants started an action in the Federal Court seeking, among other remedies, a declaration that the AFS violates section 15 of the Charter by depriving the Nawash People of equality before and under the law, denying them equal protection under the law and discriminating against them on the basis of their geographic location.

[13] The learned Prothonotary Hargrave ordered, on consent, that this case only deal with the issues of whether there has been a violation of the appellants' equality rights or a breach of the fiduciary duty. As a result this case was litigated at trial without regard to section 1 of the Charter. It was agreed that should the matter of damages arise, it would be dealt with by a reference following the trial. Similarly, it was also agreed that if necessary, a section 1 analysis would also be conducted by reference.

[14] The Trial Judge applied the framework set out by the Supreme Court of Canada in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497 for conducting an analysis under subsection 15(1) of the Charter and concluded that neither the AFS, nor the exclusion of the Nawash People from its application, infringed subsection 15(1) of the Charter.

SUBSECTION 15(1)

[15] Before conducting the three broad inquiries required to adjudicate a discrimination claim, the Trial Judge correctly stated [at paragraph 36] that the purpose of subsection 15(1) (as set out in *Law*, at paragraph 51) is to "prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice".

[11] Les parties conviennent que les appelants se sont vu refuser des fonds dans le cadre de la SPA uniquement parce qu'ils exploitent une pêche autochtone dans une région où la gestion des pêches intérieures est réputée avoir été déléguée à la province d'Ontario par le gouvernement fédéral.

[12] Les appelants ont intenté une action devant la Cour fédérale en vue d'obtenir, entre autres, un jugement déclaratoire portant que la SPA viole l'article 15 de la Charte en privant le peuple Nawash de l'égalité devant la loi, en lui refusant la protection égale de la loi et en faisant preuve de discrimination à son endroit en raison de son emplacement géographique.

[13] M. le protonotaire Hargrave a ordonné, sur consentement, que la présente affaire porte uniquement sur la question de savoir s'il y a eu violation des droits à l'égalité reconnus aux appelants ou s'il y a eu manquement à une obligation fiduciaire. Par conséquent, l'affaire a été plaidée en première instance sans qu'il soit tenu compte de l'article premier de la Charte. Il a été convenu que si la question des dommages-intérêts était soulevée, elle serait examinée dans le cadre d'un renvoi, à la suite du procès. De même, il a été convenu qu'au besoin, une analyse fondée sur l'article premier serait effectuée sur renvoi.

[14] Le juge de première instance a appliqué le cadre d'analyse énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, aux fins de l'analyse relative au paragraphe 15(1) de la Charte et a conclu que ni la SPA ni l'exclusion du peuple Nawash du champ d'application de la SPA ne contrevenaient au paragraphe 15(1) de la Charte.

LE PARAGRAPHE 15(1)

[15] Avant d'examiner les trois questions générales nécessaires aux fins du règlement d'une affaire de discrimination, le juge de première instance a correctement dit [au paragraphe 36] que l'objet du paragraphe 15(1) (tel qu'il est énoncé dans l'arrêt *Law*, au paragraphe 51) est «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».

[16] The three-prong test, articulated at paragraph 88 of *Law*, asks the following questions:

- (A) 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?
- (B) Is the claimant subject to differential treatment based on one or more enumerated and analogous grounds?

and

- (C) 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?

I will examine each of these matters in turn after I review the Trial Judge's treatment of the comparator group in this case.

Comparator Group

[17] The Trial Judge recognized that the equality guarantee within subsection 15(1) of the Charter is a comparative concept, and that each of the three inquiries should be performed on the basis of a comparison with another relevant group or groups. The claimant is generally permitted to choose the comparator, but a court, where warranted, may refine the comparator presented by the claimants.

[18] At trial the appellants argued that the comparator should be Aboriginal fishing communities which have access to, or are eligible for, AFS benefits. The respondents argued that the comparator group should be refined to those Aboriginal peoples who can satisfy the necessary precondition that they are prepared to enter

[16] Le critère à trois volets, énoncé au paragraphe 88 de l'arrêt *Law*, fait entrer en ligne de compte les questions suivantes:

- (A) 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?
- (B) Le demandeur fait-il l'objet d'une différence de traitement fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues?

et

- (C) 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?

Je traiterai de chacune de ces questions à tour de rôle après avoir examiné la façon dont le juge de première instance a traité le groupe de comparaison en l'espèce.

Le groupe de comparaison

[17] Le juge de première instance a reconnu que la garantie d'égalité prévue au paragraphe 15(1) de la Charte est un concept comparatif et que la réponse à chacune des trois questions doit reposer sur une comparaison avec un ou plusieurs autres groupes pertinents. Le demandeur choisit généralement l'élément comparateur, mais le tribunal peut préciser la comparaison soumise par le demandeur lorsqu'il estime justifié de le faire.

[18] Au procès, les appelants ont proposé comme élément comparateur les collectivités autochtones de pêcheurs qui peuvent bénéficier des avantages de la SPA ou qui y sont admissibles. Les intimés ont soutenu que le groupe de comparaison devrait être limité aux peuples autochtones qui sont en mesure de remplir la condition

into a co-management agreement with the DFO, and who are in a location where the DFO has authority to manage the fishery. The Trial Judge, nonetheless, was not persuaded that any refinement of the comparator group put forward by the appellants was necessary.

[19] The appellants, however, argued before this Court that the Trial Judge erred in not properly applying the appropriate comparator group. Even though the Trial Judge accepted the comparator group chosen by the appellants, they submit that at crucial stages of the section 15 analysis she effectively reverted back to the jurisdiction-based comparator group suggested by the respondent. This happened, they submit, when the Trial Judge reasoned that, although the AFS excludes Aboriginal communities who fish in inland waters, the program is not discriminatory because the appellants would not be able to obtain an AFS agreement due to the purported jurisdictional inability of the federal government to regulate the inland fishery.

[20] The appellants directed us to the recent decision of the Supreme Court of Canada in *Lavoie v. Canada*, [2002] 1 S.C.R. 769 for the proposition that a division-of-powers analysis does not belong in a contemporary section 15 inquiry. Justice Bastarache, who wrote the majority judgment in that case, refers to Justice Iacobucci's comments in *Law, supra* about the necessity to locate the appropriate comparator group, at paragraph 40, where he states:

Not only is it normally the claimant's prerogative to choose the appropriate comparator group, but the court is only to step in where "the differential treatment is not between the groups identified by the claimant, but rather between other groups". . . . By contrast, the type of scrutiny proposed by the respondents—namely, to choose comparator groups based on jurisdictional considerations—finds no support either in *Law* or in any other s. 15(1) case. On the contrary, the very essence of an entrenched bill of rights such as the Charter is to analyze differential treatment as an issue of equality rights, not of federal versus provincial jurisdiction.

préalable nécessaire suivant laquelle ils sont disposés à conclure une entente de cogestion avec le MPO et qui se trouvent dans une région relevant du pouvoir de gestion de la pêche du MPO. Néanmoins, le juge de première instance n'était pas convaincu qu'il était nécessaire de préciser le groupe de comparaison proposé par les appelants.

[19] Toutefois, les appelants ont soutenu devant la Cour que le juge de première instance avait commis une erreur en n'appliquant pas d'une façon appropriée le bon groupe de comparaison. Les appelants affirment que, même si le juge de première instance a accepté le groupe de comparaison qu'ils avaient soumis, aux étapes cruciales de l'analyse relative à l'article 15, le juge est effectivement revenu au groupe de comparaison fondé sur la compétence que l'intimée a proposé. Selon eux, c'est ce qui est arrivé lorsque le juge a conclu que, même si la SPA exclut les collectivités autochtones qui pratiquent la pêche dans les eaux intérieures, le programme n'est pas discriminatoire parce que les appelants ne pourraient pas obtenir une entente dans le cadre de la SPA puisque le gouvernement fédéral n'aurait apparemment pas compétence pour réglementer la pêche intérieure.

[20] Les appelants nous ont reportés à la décision que la Cour suprême du Canada vient de rendre dans l'affaire *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, à l'appui de la thèse selon laquelle une analyse relative au partage des pouvoirs n'a pas sa place de nos jours dans un examen fondé sur l'article 15. M. le juge Bastarache, qui parlait au nom de la majorité dans cette décision-là, a mentionné les remarques que M. le juge Iacobucci avait faites dans l'arrêt *Law*, précité, au sujet de la nécessité de trouver le groupe de comparaison approprié; voici ce qu'il dit, au paragraphe 40:

Non seulement il appartient habituellement au demandeur de choisir le groupe de comparaison approprié, mais le tribunal ne doit s'immiscer que lorsque «[l]a différence de traitement peut ne pas s'effectuer entre les groupes cernés par le demandeur, mais plutôt entre d'autres groupes» [. . .] À l'opposé, le genre d'analyse préconisée par les intimées—le choix de groupes de comparaison selon des considérations de compétence—ne s'appuie ni sur *Law* ni sur aucun autre arrêt relatif au par. 15(1). Au contraire, l'essence même d'une déclaration constitutionnalisée des droits comme la Charte est de définir une différence de traitement en fonction des droits à l'égalité, et non du partage des pouvoirs fédéraux et provinciaux.

In *Lavoie*, a case which considered the constitutionality of a statutory provision which favoured Canadians for employment with the federal public service, the respondents argued that non-citizens and citizens (the comparator groups suggested by the appellants) could not be validly compared for the purposes of subsection 15(1) because non-citizens are inherently on unequal footing with citizens by virtue of federal citizenship legislation and the Constitution, and as such do not merit equal treatment. In that case, Bastarache J. stated that the determination of whether citizens are an appropriate comparator group was an inquiry best dealt with as a contextual factor under the third branch of the *Law* analysis, but subsequently found the impugned provision to violate subsection 15(1) precisely because it distinguished between citizens and non-citizens in the context of securing employment.

[21] The principles which emanate from *Lavoie* constitute some of the Supreme Court of Canada's most recent teachings about the proper application of section 15, and as such are relevant to this appeal. They must not, however, be mechanically applied to this case without regard to the factual differences between the two cases. With that caveat, Bastarache J.'s directive that equality claims are to be examined through a comparative lens instead of using a jurisdictional analysis must be respected. Thus, I must examine whether the actual comparator group used by the Trial Judge conflicts with Justice Bastarache's comments.

[22] As I have already said, the Trial Judge accepted the comparator group offered by the appellants: Aboriginal fishing communities which have access to, or are eligible for, AFS benefits. The appellants argue that she implicitly used the comparator group for which the respondent lobbied, by concluding that the AFS cannot apply in Ontario, and thus is not discriminatory. In other words, the appellants contend that she dealt with their claim by comparing the situation of the Nawash People

Dans l'affaire *Lavoie*, qui portait sur la constitutionnalité d'une disposition législative favorisant les Canadiens aux fins de l'emploi dans la fonction publique fédérale, les intimées avaient soutenu que les non-citoyens et les citoyens (soit les groupes de comparaison proposés par les appelantes) ne pouvaient pas faire l'objet d'une comparaison valable pour l'application du paragraphe 15(1) parce que les non-citoyens en tant que tels n'étaient pas sur un pied d'égalité avec les citoyens en raison de la législation fédérale en matière de citoyenneté et de la Constitution et que, cela étant, ils ne méritaient pas un traitement égal. Dans cet arrêt-là, le juge Bastarache a dit qu'il était préférable d'examiner la question de savoir si les citoyens constituent un groupe de comparaison approprié en tant que facteur contextuel en vertu du troisième volet de l'analyse préconisée dans l'arrêt *Law*, mais il a ensuite conclu que la disposition contestée violait le paragraphe 15(1) précisément parce qu'une distinction y était faite entre les citoyens et les non-citoyens dans le contexte de l'obtention d'un emploi.

[21] Les principes émanant de l'arrêt *Lavoie* constituent certains des enseignements les plus récents de la Cour suprême du Canada pour ce qui est de la façon dont il convient d'appliquer l'article 15, cela étant, ils sont ici pertinents. Toutefois, il ne faut pas les appliquer mécaniquement au cas qui nous occupe sans tenir compte des différences qui existent entre les faits des deux affaires. Compte tenu de cette mise en garde, il faut respecter la directive du juge Bastarache selon laquelle les allégations fondées sur l'égalité doivent être examinées au moyen d'une comparaison plutôt qu'au moyen d'une analyse de la compétence. Je dois donc déterminer si le groupe de comparaison réel utilisé par le juge de première instance va à l'encontre des remarques du juge Bastarache.

[22] Comme je l'ai déjà dit, le juge de première instance a accepté le groupe de comparaison soumis par les appelants: les collectivités autochtones de pêcheurs qui peuvent bénéficier des avantages de la SPA ou qui y sont admissibles. Les appelants affirment que le juge a implicitement utilisé le groupe de comparaison préconisé par l'intimée en concluant que la SPA ne peut pas s'appliquer en Ontario et qu'elle n'est donc pas discriminatoire. En d'autres termes, les appelants

to that of Aboriginal peoples who can satisfy the necessary precondition that they are prepared to enter into a co-management agreement with the DFO, and who are in a location where the DFO has authority to manage the fishery.

[23] The Trial Judge's explanation of why the AFS is not discriminatory uses language reminiscent of a division-of-powers analysis. While *Lavoie* teaches that, in a Charter case, equality concerns should not be trumped by jurisdictional considerations, the Trial Judge's discussion of jurisdictional issues does not amount to an appealable error in this context, because that discussion took place only after she determined the fate of the appellants subsection 15(1) claim.

[24] The Trial Judge explicitly rejected the jurisdiction-based comparator group suggested by the respondents, and acknowledged that the effect of the AFS, as it has been applied, is to draw a formal distinction between the appellants and the comparator group. She went on to conclude, however, at paragraph 52, "that the distinction drawn by the AFS is [not] based upon the personal characteristic of the plaintiffs' association with, and residence among, their own First Nation". From a quick perusal of the Trial decision, one may think that the Trial Judge incorporated division-of-powers concepts into her *Law* analysis, because after she concluded that the distinction made by the AFS is not based on a personal characteristic, she then considered the nature of the AFS (in paragraphs 56 to 74) before reiterating her conclusion that the Nawash People are not excluded from the AFS because of any personal characteristic. A careful read of the decision below reveals, nevertheless, that the Trial Judge's discussion of the jurisdictional basis for the distinction between the appellants and coastal groups eligible for the AFS happens only after she concludes the first inquiry under the *Law* analysis.

soutiennent que le juge a examiné leur demande en comparant la situation du peuple Nawash à celle des peuples autochtones qui remplissent la condition préalable nécessaire suivant laquelle ils sont prêts à conclure une entente de cogestion avec le MPO et qui se trouvent dans un endroit où le MPO est autorisé à gérer la pêche.

[23] En expliquant pourquoi la SPA n'est pas discriminatoire, le juge de première instance emploie des termes rappelant ceux qui sont utilisés dans une analyse relative au partage des pouvoirs. L'arrêt *Lavoie* enseigne que, dans une affaire où la Charte est en cause, des considérations de compétence ne devraient pas l'emporter sur les questions d'égalité, mais l'examen des questions de compétence que le juge de première instance a effectué ne constitue pas une erreur susceptible d'appel dans ce contexte parce que le juge a uniquement procédé à cet examen après avoir déterminé le résultat de l'allégation des appellants se rapportant au paragraphe 15(1).

[24] Le juge de première instance a expressément rejeté le groupe de comparaison fondé sur la compétence proposé par les intimés et a reconnu que, telle qu'on l'a appliquée, la SPA a pour effet d'établir une distinction formelle entre les appelants et le groupe de comparaison. Toutefois, le juge a ensuite conclu, au paragraphe 52, «que la distinction établie par la SPA [n']est [pas] fondée sur une caractéristique personnelle, en l'occurrence, l'attachement des demandeurs à la Première nation à laquelle ils appartiennent et au sein de laquelle ils vivent». Un examen rapide de la décision de première instance permet de penser que le juge de première instance a incorporé les concepts de partage de pouvoirs dans l'analyse préconisée dans l'arrêt *Law* parce que, après avoir conclu que la distinction faite par la SPA n'est pas fondée sur une caractéristique personnelle, le juge a examiné la nature de la SPA (aux paragraphes 56 à 74) avant de réitérer que le peuple Nawash n'est pas exclu du champ d'application de la SPA en raison d'une caractéristique personnelle. Une lecture attentive de la décision de première instance révèle néanmoins que le juge a procédé à l'examen du fondement juridique, aux fins de l'établissement d'une distinction entre les appelants et les groupes côtiers admissibles à la SPA, uniquement après avoir accompli la première étape de l'analyse préconisée dans l'arrêt *Law*.

[25] In this case the basis for the distinction was found not to be a personal characteristic, since, in the view of the Trial Judge, it is not the presence or absence of an ancestral connection with a particular First Nation and its land which determines eligibility for the AFS. Accordingly, since this determination ended the analysis required, because a successful section 15 claim demands that the first inquiry mandated by *Law* be answered in the affirmative, the Trial Judge did not have to consider the jurisdictional issue to resolve the case. Moreover, because the Trial Judge's conclusion with respect to the first step in *Law* proved fatal to the appellant's discrimination claim, her subsequent application of the second and third steps in *Law* were conducted merely "for the sake of completeness". As such, then, her remarks about whether the AFS makes a distinction on the basis of analogous grounds, the second step, or functions to stereotype, or discriminate against the appellants, the third step, constitute *obiter dicta*.

[26] Although the language used by Justice Dawson to describe the "pith and substance" of the AFS is problematic, this language was actually introduced by the appellants during the trial. The appellants themselves advanced jurisdictional arguments about the nature of the AFS, as noted by the Trial Judge at paragraph 76:

The plaintiffs argued that the federal jurisdiction over conservation needs in inland waters provides a solid jurisdictional basis for applying the AFS to Ontario's inland fisheries, and also pointed to the federal jurisdiction over "Indians" under subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867*.

Consequently, it is somewhat inconsistent for the appellants to now fault the Trial Judge for referring to jurisdictional considerations, since the appellant's submissions at trial advocated these considerations.

[25] En l'espèce, il a été jugé que la distinction n'est pas fondée sur une caractéristique personnelle puisque, de l'avis du juge de première instance, ce n'est pas la présence ou l'absence d'attachement ancestral à une Première nation particulière au sein de laquelle les Autochtones vivent qui détermine l'admissibilité à la SPA. Étant donné que cette décision mettait fin à l'analyse nécessaire puisque, pour être accueillie, une allégation fondée sur l'article 15 exige que l'on réponde par l'affirmative à la première question énoncée dans l'arrêt *Law*, le juge de première instance n'a donc pas eu à examiner la question de la compétence pour régler l'affaire. En outre, étant donné que la conclusion tirée par le juge de première instance au sujet de la première étape prévue par l'arrêt *Law* portait un coup fatal à l'argument de l'appelant relatif à la discrimination, les deuxième et troisième étapes prévues dans l'arrêt *Law* ont ensuite été appliquées simplement «par souci d'exhaustivité». Cela étant, les remarques que le juge de première instance a faites au sujet de la question de savoir si la SPA établit une distinction fondée sur des motifs analogues, soit la deuxième étape, ou a pour effet d'établir des stéréotypes ou de créer de la discrimination envers les appelants, soit la troisième étape, constituent des remarques incidentes.

[26] Les termes que le juge Dawson a employés pour décrire l'«essence» de la SPA posent des problèmes, mais ce sont en fait les appelants qui ont introduit ces termes au cours du procès. En effet, les appelants ont eux-mêmes avancé des arguments fondés sur la compétence au sujet de la nature de la SPA, comme le juge de première instance l'a fait remarquer au paragraphe 76:

Les demandeurs soutiennent que la compétence du législateur fédéral sur les besoins en conservation des eaux intérieures constitue un fondement solide qui justifie l'application de la SPA à la pêche intérieure ontarienne. Ils rappellent également la compétence sur les «Indiens» que le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement fédéral.

Par conséquent, les appelants ne sauraient reprocher maintenant au juge de première instance de mentionner des considérations de compétence puisque, dans les arguments qu'ils ont invoqués au procès, ils ont préconisé ces considérations.

[27] In addition, Professor Peter Hogg has stated that, as a minimum, federalism must preclude an argument that involves comparing the law of one province with the law of another province: federalism can be an exception to the guarantee of equality, to a limited extent (see Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. (loose-leaf), Vol. 2 (Toronto: Carswell, 1997), at page 52-62).

[28] Finally, even if the jurisdictional aspects of the Trial Judge's reasons were to be an error, I do not believe that it would effect the correctness of the result at which she arrived, because, as she correctly concluded, there are no valid personal characteristics, analogous grounds or discriminatory effect on which to base this subsection 15(1) Charter claim.

A. Does the AFS Impose Differential Treatment on the Appellants based on Personal Characteristics?

[29] As I have already noted, the Trial Judge dealt with the first inquiry from *Law* by concluding that the AFS operates to exclude the Nawash People, but not because of their reserve location, which the appellants maintain is a personal characteristic. Rather, the Trial Judge found that the Nawash People were excluded from the AFS because of the fact that the Province of Ontario regulates the fishery in question, and as such there is no fishery around their reserve which the DFO can allocate and manage.

[30] The appellants argued that their deeply ingrained ancestral connection with, and residence among, their own First Nation, constitutes a personal characteristic upon which they have been excluded from the AFS. The Trial Judge, however, rejected this submission, because she found that the Aboriginal communities eligible to participate in the AFS also share this same characteristic.

[31] The appellants contend that the Trial Judge's approach ignores the particular relevance of the Georgian Bay and Lake Huron to the Nawash People, and the way the attachment to those particular waters and lands forms an immutable or constructively immutable

[27] De plus, le professeur Peter Hogg a déclaré que le fédéralisme doit à tout le moins empêcher un argument qui comporte une comparaison entre le droit d'une province et le droit d'une autre province: le fédéralisme peut, dans une mesure restreinte, constituer une exception à la garantie d'égalité (voir Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 4^e éd. (feuilles mobiles), vol. 2 (Toronto: Carswell, 1997), à la page 52-62).

[28] Enfin, même si les motifs du juge de première instance étaient erronés en ce qui concerne les aspects liés à la compétence, je ne crois pas que cela influerait sur l'exactitude du résultat auquel le juge est arrivé parce que, comme le juge l'a correctement conclu, il n'y a pas de caractéristiques personnelles valables, de motifs analogues ou d'effet discriminatoire sur lesquels une allégation mettant en cause le paragraphe 15(1) de la Charte peut être fondée.

A. La SPA impose-t-elle un traitement différent aux appelants en raison de caractéristiques personnelles?

[29] Comme je l'ai déjà fait remarquer, le juge de première instance a examiné la première question énoncée dans l'arrêt *Law* en concluant que les Nawash sont exclus du champ d'application de la SPA, mais non en raison de l'emplacement de leur réserve, ce qui, selon les appelants, constitue une caractéristique personnelle. Le juge de première instance a plutôt conclu que les Nawash sont exclus du champ d'application de la SPA parce que la province d'Ontario réglemente la pêche en question et que, cela étant, il n'y a pas, près de leur réserve, de pêche que le MPO peut répartir et gérer.

[30] Les appelants ont soutenu que leur attachement ancestral profond à leur propre Première nation et leur résidence au sein de cette Première nation constituent une caractéristique personnelle qui a donné lieu à leur exclusion du champ d'application de la SPA. Toutefois, le juge de première instance a rejeté cet argument parce qu'elle a conclu que les collectivités autochtones qui sont admissibles à la SPA possèdent également cette caractéristique.

[31] Les appelants déclarent que l'approche adoptée par le juge de première instance ne tient pas compte de l'importance particulière de la baie Georgienne et du lac Huron pour les Nawash et de la façon dont l'attachement à ces eaux et terres particulières forme à leurs yeux une

personal characteristic for them. Location and residence, they argue, are fundamental to Aboriginal and treaty rights to fish. These are not portable rights, but are intrinsically tied to residence. Also, it was submitted that an Aboriginal person's attachment to traditional lands and waters is a personal characteristic of that Aboriginal person: something which is essential to that Aboriginal person's identity.

[32] I agree with the Trial Judge's conclusion that there is no personal characteristic upon which to base the formal distinction found to exist between the appellants' inland Aboriginal band and the coastal bands who have access to the AFS. The appellants submitted two possibilities to operate as the necessary personal characteristic upon which to base a subsection 15(1) claim: (1) their deeply ingrained ancestral association with, and residence among, their own First Nation; and (2) their ancestral connection to a specific locale or location of their residence.

[33] I have much sympathy for the appellants' position, and understand that Aboriginal peoples have a special relationship with the land—the land constitutes a large part of their identity as a people. A common belief of many Aboriginal societies is that the Creator placed their people upon this land for a reason, and that the earth is their Mother, the animals their spiritual kin. This is explained by John Borrows and Leonard Rotman in *Aboriginal Legal Issues: Cases, Materials and Commentary* (Toronto: Butterworths, 1998), at page 1-3 as follows:

The most fundamental of those rights is the right to their identity as Aboriginal people. Since that identity was derived largely from the land they used and occupied before the arrival of the Europeans, they believe they had—and still have—certain rights in regard to the land, including continuing habitation and use of the land, whether it be for hunting, fishing, trapping, gathering food and medicines, or for any other traditional pursuits.

[34] However, while I recognize the importance of land to Aboriginal peoples, I have not been persuaded

caractéristique personnelle immuable ou considérée comme immuable. Ils affirment que l'emplacement et la résidence sont des éléments fondamentaux en ce qui concerne les droits de pêche ancestraux et issus de traités. Il ne s'agit pas de droits transférables, mais de droits qui sont intrinsèquement liés à la résidence. De plus, ils soutiennent que l'attachement d'un Autochtone aux terres et eaux ancestrales est une caractéristique personnelle de cet Autochtone: une chose qui est essentielle à l'identité de cet Autochtone.

[32] Je souscris à la conclusion du juge de première instance lorsqu'elle dit qu'il n'y a pas de caractéristique personnelle sur laquelle on pourrait fonder la distinction formelle qui a été constatée entre la bande intérieure des appelants et les bandes côtières qui ont accès à la SPA. Les appelants ont invoqué deux possibilités en tant que caractéristique personnelle nécessaire sur laquelle on peut fonder une allégation mettant en cause le paragraphe 15(1): 1) leur association ancestrale profonde à leur propre Première nation et leur résidence au sein de cette Première nation; et 2) leur attachement ancestral à un site particulier ou l'emplacement de leur résidence.

[33] Je comprends fort bien la position des appelants et je reconnais le lien spécial qui existe entre les peuples autochtones et la terre—la terre constitue une bonne partie de leur identité en tant que peuple. Selon une croyance commune de nombreuses sociétés autochtones, le Créateur a placé les Autochtones sur ces terres pour une raison; la planète terre est leur mère et les animaux, leurs parents spirituels. C'est ce qu'expliquent John Borrows et Leonard Rotman dans l'ouvrage intitulé *Aboriginal Legal Issues: Cases, Materials and Commentary* (Toronto: Butterworths, 1998), à la page 1-3:

[TRADUCTION] Le plus fondamental de ces droits est le droit à leur identité en tant qu'Autochtones. Étant donné que cette identité était en bonne partie tirée de la terre qu'ils utilisaient et occupaient avant l'arrivée des Européens, ils croyaient posséder—et ils croient encore posséder—certains droits à l'égard des terres, notamment le droit d'habiter sur ces terres et de les utiliser d'une façon continue pour la chasse, la pêche, le piégeage, la cueillette de produits végétaux et des plantes médicinales, ou à toute autre fin traditionnelle.

[34] Toutefois, même si je reconnais l'importance qu'ont les terres pour les Autochtones, on n'a pas réussi

that the Trial Judge committed an appealable error when she concluded that the appellants are not excluded from the AFS on the basis of a personal characteristic.

[35] It is unnecessary for me to scrutinize the Trial Judge's application of the two remaining stages of the *Law* test in order to dispose of this appeal, because the effect of upholding the Trial Judge's conclusion with respect to the first stage of *Law* leads to the conclusion that the federal government can exclude the Nawash People from the AFS without infringing section 15 of the Charter. However, because the parties made submissions to us about the Trial Judge's findings with respect to analogous grounds and discrimination, and because the findings below should be considered in light of the *Lavoie* case, I will deal briefly with the two remaining stages of her *Law* analysis.

B. Is the Distinction Based on Analogous Grounds?

[36] The Trial Judge concluded [at paragraph 79] that the appellants were not "subject to differential treatment on the basis of one or more of the enumerated and analogous grounds". The appellants asserted that two separate, but related, analogous grounds of discrimination were at issue: (1) Aboriginality/residence; and, (2) province of residence.

[37] With regards to the first analogous ground, the appellants argued that the AFS distinguishes between Aboriginal people whose reserves and bands are on the coasts, and those whose reserves and bands are in other parts of Canada. The Trial Judge, however, agreed with the respondents who argued that the Supreme Court of Canada in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203 did not recognize Aboriginality-residence *per se* as an analogous ground, but only recognized a limited subset of this analogous ground, "off-reserve status". This is correct. The Trial Judge also rejected the second analogous ground suggested by the appellants because the Supreme Court has not to date recognized province of residence as an analogous ground. This too is correct. It should be noted

à me convaincre que le juge de première instance a commis une erreur susceptible d'appel lorsqu'elle a conclu que les appelants ne sont pas exclus du champ d'application de la SPA en raison d'une caractéristique personnelle.

[35] Pour régler cet appel, je n'ai pas à examiner l'application par le juge de première instance des deux autres étapes du critère énoncé dans l'arrêt *Law* parce qu'en confirmant la conclusion du juge en ce qui concerne la première étape énoncée dans l'arrêt *Law*, j'arrive à conclure que le gouvernement fédéral peut exclure les Nawash de la SPA sans enfreindre l'article 15 de la Charte. Toutefois, étant donné que les parties ont invoqué des arguments au sujet des conclusions tirées par le juge de première instance à l'égard des motifs analogues et de la discrimination, et puisque les conclusions tirées en première instance devraient être considérées à la lumière de l'arrêt *Lavoie*, je traiterai brièvement des deux autres étapes de l'analyse que le juge a effectuée conformément à l'arrêt *Law*.

B. La distinction est-elle fondée sur des motifs analogues?

[36] Le juge de première instance a conclu [au paragraphe 79] que les appelants n'avaient pas «subi un traitement différent en raison d'un ou de plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues». Les appelants ont affirmé que deux motifs de discrimination analogues distincts, mais reliés, étaient en cause: 1) l'autochtonité-lieu de résidence; et 2) la province de résidence.

[37] Quant au premier motif analogue, les appelants ont soutenu que la SPA établit une distinction entre les peuples autochtones dont les réserves et les bandes sont situées dans les provinces côtières et ceux dont les réserves et les bandes se trouvent ailleurs au Canada. Toutefois, le juge de première instance a souscrit à l'avis des intimés lorsqu'ils ont affirmé que dans l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, la Cour suprême du Canada n'a pas reconnu que l'autochtonité-lieu de résidence constituait en soi un motif analogue, mais qu'elle a uniquement reconnu un sous-ensemble, la «qualité de membres hors réserve». Cela est exact. Le juge de première instance a également rejeté le deuxième motif analogue proposé par les appelants parce que la

however that, in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, the Supreme Court left open the question of whether province of residence could be an analogous ground.

[38] The majority judgment in *Corbiere*, written by McLachlin J. and Bastarache J., limited the analogous ground of Aboriginality-residence to off-reserve status. The issue in *Corbiere* was a narrow one: whether a statutory provision which excluded off-reserve members of an Indian band from voting in band elections violates subsection 15(1) of the Charter. The majority agreed with L'Heureux-Dubé J.'s conclusion, in her concurring reasons, that Aboriginality-residence is an analogous ground, but warned that this conclusion should not be interpreted to mean that "ordinary residence" is an analogous ground. The majority stated, at paragraphs 14 and 15:

L'Heureux-Dubé J. ultimately concludes that "Aboriginality-residence" as it pertains to whether an Aboriginal band member lives on or off the reserve is an analogous ground. We agree. L'Heureux-Dubé J.'s discussion makes clear that the distinction goes to a personal characteristic essential to a band member's personal identity, which is no less constructively immutable than religion or citizenship. Off-reserve Aboriginal band members can change their status to on-reserve band members only at great cost, if at all.

Two brief comments on this new analogous ground are warranted. First, reserve status should not be confused with residence. The ordinary "residence" decisions faced by the average Canadians should not be confused with the profound decisions Aboriginal band members make to live on or off their reserves, assuming a choice is possible.

[39] The notion of whether geography, or place of residence constitutes an analogous ground was also dealt

Cour suprême n'avait pas encore reconnu que la province de résidence constituait un motif analogue. Cela est également exact. Toutefois, il importe de noter que, dans l'arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, la Cour suprême n'a pas répondu à la question de savoir si la province de résidence pouvait constituer un motif analogue.

[38] Dans l'arrêt *Corbiere*, le jugement majoritaire, rédigé par M^{me} le juge McLachlin et par M. le juge Bastarache, limitait le motif analogue de l'autochtonité-lieu de résidence à la qualité de membre hors réserve. Dans l'affaire *Corbiere*, la question litigieuse avait une portée restreinte: il s'agissait de savoir si une disposition législative qui empêchait les membres hors réserve d'une bande indienne de voter aux élections de la bande violait le paragraphe 15(1) de la Charte. La majorité souscrivait à la conclusion que M^{me} le juge L'Heureux-Dubé avait tirée dans des motifs concordants, à savoir que l'autochtonité-lieu de résidence est un motif analogue, mais il a bien été dit que cette conclusion ne devait pas être interprétée comme signifiant que la «résidence ordinaire» est un motif analogue. Aux paragraphes 14 et 15, voici ce que la majorité a dit:

Le juge L'Heureux-Dubé conclut, en dernière analyse, que le facteur de l'«autochtonité-lieu de résidence» constitue un motif analogue lorsqu'il se rapporte à la question de savoir si un membre d'une bande autochtone vit dans la réserve ou en dehors de celle-ci. Nous sommes d'accord avec cette conclusion. Il ressort clairement des propos du juge L'Heureux-Dubé que la distinction se rapporte à une caractéristique personnelle essentielle de l'identité personnelle des membres des bandes indiennes, caractéristique qui est considérée immuable au même titre que la religion ou la citoyenneté. Les membres hors réserve d'une bande autochtone ne peuvent devenir des membres habitant la réserve qu'à un prix considérable, si tant est qu'ils le peuvent.

Deux brefs commentaires s'imposent au sujet de ce nouveau motif analogue. Premièrement, il ne faut pas confondre qualité de membre hors réserve et lieu de résidence. Les décisions que sont appelés à prendre les Canadiens en général relativement à leur «lieu de résidence» ne sauraient être comparées aux décisions lourdes de conséquences que prennent les membres des bandes autochtones lorsqu'ils choisissent de vivre dans les réserves ou à l'extérieur de celles-ci, à supposer que ce choix soit possible.

[39] La question de savoir si la région géographique, ou le lieu de résidence, constitue un motif analogue a

with recently by this Court in *Archibald v. Canada*, [2000] 4 F.C. 479 (C.A.). That case considered whether the compulsory pooling provision of the *Canadian Wheat Board Act* [R.S.C., 1985, c. C-24], which requires wheat producers living in certain areas of Canada to sell all their wheat to the Canadian Wheat Board, and prohibits them from selling their wheat or barley in another province or outside of Canada, violates the appellants' constitutional rights. Justice Rothstein, who wrote the reasons in *Archibald* was not persuaded that place of residence was an analogous ground. In applying *Corbiere* to the case before him, he made the following helpful comments, at paragraph 23:

Corbiere implies that residence must be linked to something else that is fundamental to one's identity, that is immutable, or is at least constructively immutable. Thus, it is insufficient for purposes of identifying an analogous ground that the location of an individual's residence and farm is within the designated area or, indeed, at any place in Canada. Something more is needed.

[40] While the Court in *Corbiere* cautioned that its finding of Aboriginality-residence as an analogous ground should not be expanded to the ordinary-residence decisions made by average Canadians, it cannot be said that the Nawash People are average Canadians who make ordinary decisions about their residence. Like the claimants in *Corbiere*, the place of residence of the Nawash People goes to the essence of the band members' identities. Because of the connection the Nawash People have with the particular land and waters in their geographic region, which militates against these Aboriginal people leaving their community for a coastal community, this characteristic is no less constructively immutable than religion or citizenship. For that reason it is conceivable that the analogous ground of Aboriginality-residence recognized in *Corbiere* might be expanded to on-reserve status in situations where the claimants can show that "something more", for example, the appellants' special connection with their particular residence. However, in light of the Trial Judge's finding with respect to the first *Law* inquiry, which I have affirmed, it is unnecessary for me to decide that question.

également été récemment examinée par la présente Cour dans la décision *Archibald c. Canada*, [2000] 4 C.F. 479 (C.A.). Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si la disposition relative à la mise en commun obligatoire de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* [L.R.C. (1985), ch. C-24], qui exige que les producteurs de blé habitant dans certaines régions du Canada vendent tout leur blé à la Commission canadienne du blé et qui interdit à ceux-ci de vendre leur blé ou leur orge dans une autre province ou à l'extérieur du Canada, violait les droits constitutionnels des appelants. M. le juge Rothstein, qui a rédigé les motifs dans la décision *Archibald*, n'était pas convaincu que le lieu de résidence constituait un motif analogue. En appliquant l'arrêt *Corbiere* à l'affaire dont il était saisi, il a fait les remarques utiles ci-après énoncées, au paragraphe 23:

Il ressort de l'arrêt *Corbiere* que la résidence doit être associée à autre chose qui est fondamentale à l'identité de quelqu'un, qui est immuable ou à tout le moins considérée immuable. Ainsi, il ne suffit pas pour les fins de l'identification du motif analogue que le lieu de la résidence et de l'exploitation agricole d'un individu soit à l'intérieur de la région désignée ou même à tout endroit au Canada. Il faut quelque chose de plus.

[40] Dans l'arrêt *Corbiere*, la Cour a bien dit que la conclusion qu'elle avait tirée au sujet de l'autochtonité-lieu de résidence en tant que motif analogue ne devrait pas être étendue aux décisions prises par les Canadiens en général relativement à leur lieu de résidence, mais on ne saurait dire que les Nawash sont des Canadiens qui prennent des décisions ordinaires au sujet de leur résidence. Comme les demandeurs dans l'affaire *Corbiere*, le lieu de résidence des Nawash se rapporte à l'essence de l'identité des membres de la bande. À cause du lien qui existe entre les Nawash et les terres et eaux particulières de leur région géographique, lien qui empêche ces Autochtones de quitter leur collectivité pour une collectivité côtière, cette caractéristique n'est pas moins considérée comme immuable que la religion ou la citoyenneté. C'est pourquoi il est concevable que le motif analogue de l'autochtonité-lieu de résidence reconnu dans l'arrêt *Corbiere* puisse être appliqué à la qualité de membre dans une réserve si les demandeurs peuvent démontrer qu'il y a «quelque chose de plus», par exemple le lien spécial existant entre les appelants et leur résidence

particulière. Toutefois, étant donné la conclusion que le juge de première instance a tirée au sujet de la première question énoncée dans l'arrêt *Law*, conclusion que j'ai confirmée, je n'ai pas à me prononcer sur ce point.

C. Is the Differential Treatment Discriminatory?

[41] Recognizing that this third inquiry of the *Law* analysis is both subjective and objective, the Trial Judge examined the four contextual factors which form the basis of the third stage of the discrimination analysis to arrive at the conclusion that the AFS is not a discriminatory program. These factors are: (i) pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice, or vulnerability; (ii) the correspondence, or lack thereof, between the ground(s) on which the claims are based and the actual need, capacity, or circumstances of the claimant or others; (iii) the ameliorative purpose or effects of the impugned law, program or activity upon a more disadvantaged person or group in society, and (iv) the nature and scope of the interest affected by the impugned government activity.

(i) Pre-existing disadvantage

[42] With respect to the first contextual factor the Trial Judge was not convinced that the AFS functions by device of stereotype. Rather, she found, at paragraph 112, that the appellants' rights were only "denied on a basis which reflects the reality of the right of the province of Ontario to legislate and regulate with respect to the fishery as part of its jurisdiction over property and civil rights". Because it was held that the AFS is based on co-management of Aboriginal fisheries as between the DFO and local Aboriginal peoples, she found that it cannot apply in Ontario. Accordingly, it was concluded that the AFS does not have the effect of perpetuating or promoting the view that the appellants are less capable, or less worthy of recognition or value as human beings.

[43] The Court in *Law* noted that the claimant's association with a group which has historically been more disadvantaged will not be conclusive of a violation under subsection 15(1), where differential treatment has

C. Le traitement différent est-il discriminatoire?

[41] Le juge de première instance, qui a reconnu que cette troisième étape de l'analyse exposée dans l'arrêt *Law* est à la fois subjective et objective, a examiné les quatre facteurs contextuels qui servent de fondement à cette étape de l'analyse relative à la discrimination pour finalement conclure que la SPA n'est pas un programme discriminatoire. Il s'agit des facteurs suivants: i) la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité; ii) la correspondance, ou l'absence de correspondance, entre les motifs sur lesquels l'allégation est fondée et les besoins, les capacités ou la situation propres au demandeur ou à d'autres personnes; iii) l'objet ou l'effet d'amélioration de la loi, du programme ou de l'activité en cause eu égard à une personne ou un groupe défavorisés dans la société; et iv) la nature et l'étendue du droit touché par l'activité gouvernementale contestée.

i) La préexistence d'un désavantage

[42] En ce qui concerne le premier facteur contextuel, le juge de première instance n'était pas convaincu que la SPA repose sur des stéréotypes. Au paragraphe 112, le juge a plutôt conclu que les droits des appelants leur étaient uniquement «refusés pour des motifs qui traduisent bien la réalité du droit de l'Ontario de légiférer et de prendre des règlements sur la pêche en vertu de ses pouvoirs en matière de propriété et de droits civils». Étant donné qu'il avait été statué que la SPA repose sur une cogestion des pêches autochtones par le MPO et par les collectivités autochtones locales, le juge a conclu que la SPA ne peut pas s'appliquer en Ontario. Elle a donc statué que la SPA n'a pas pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que les appelants sont moins capables ou sont moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains.

[43] Dans l'arrêt *Law*, la Cour a fait remarquer l'appartenance du demandeur à un groupe historiquement défavorisé ne permet pas de conclure qu'il y a eu violation du paragraphe 15(1) lorsqu'un

been established. The determinative question, instead, is whether the distinction actually and truly affects the dignity of the claimant.

[44] Although the appellants are certainly members of a group who have been historically discriminated against and disadvantaged, I have not been convinced that the distinction in question truly affects their dignity. The appellants are not included in the AFS program because they are located in a geographic area not encompassed by the federal jurisdiction and the DFO's area of regulation. This exclusion, which may, as the appellants contend, seem unjust, in no way perpetuates a stereotype that the Nawash People are less worthy. In fact, it does not perpetuate any of the stereotypes which formed the basis of the historical discrimination faced by Aboriginal peoples. It merely distinguishes on the basis of inland fishing versus coastal fishing. Not every distinction created by legislation, or a governmental program, gives rise to discrimination.

(ii) Correspondence Between the Program and the Claimant's Actual Circumstances

[45] As noted by the Trial Judge, it is easier to establish discrimination where an impugned program does not account for the claimant's actual situation. In doing her analysis under this contextual factor, the Trial Judge found that the AFS takes account of the actual circumstances of those Aboriginal communities located in the areas where DFO manages the fishery. The appellants argue that the Trial Judge should have instead asked whether the AFS takes account of their specific situation. Because the AFS is a targeted, ameliorative program, a concept which is discussed in more detail below, in my view, it is not reasonable to require that the DFO should have implemented the program with an eye to the specific needs, circumstances and capacities of the Nawash People.

(iii) Ameliorative Purpose

[46] With respect to the third contextual factor, the ameliorative purpose of the AFS, Justice Dawson adopted the Supreme Court of Canada's analysis in

traitement différent a été établi. La question déterminante consiste plutôt à savoir si la distinction influe réellement et vraiment sur la dignité du demandeur.

[44] Les appelants sont certes membres d'un groupe qui a toujours été victime de discrimination et défavorisé, mais je ne suis pas convaincu que la distinction en question influe vraiment sur leur dignité. Les appelants ne sont pas inclus dans le programme de la SPA parce qu'ils se trouvent dans une région géographique qui ne relève pas de la compétence fédérale et du secteur de réglementation du MPO. Cette exclusion qui peut, comme les appelants le soutiennent, sembler injuste, ne perpétue aucunement le stéréotype selon lequel les Nawash sont moins dignes. De fait, elle ne perpétue aucun des stéréotypes qui servaient de fondement à la discrimination à laquelle ont toujours fait face les peuples autochtones. Elle établit simplement une distinction fondée sur la pêche intérieure par opposition à la pêche côtière. Ce ne sont pas toutes les distinctions créées par la législation ou par un programme gouvernemental qui donnent lieu à la discrimination.

ii) Correspondance entre le programme et la situation propre au demandeur

[45] Comme le juge de première instance l'a fait remarquer, il est plus facile d'établir qu'il y a eu discrimination lorsqu'un programme contesté ne tient pas compte de la situation véritable du demandeur. En analysant ce facteur contextuel, le juge de première instance a conclu que la SPA tient compte de la situation concrète des collectivités autochtones qui se trouvent dans des régions où la gestion de la pêche relève du MPO. Les appelants soutiennent que le juge de première instance aurait plutôt dû se demander si la SPA tient compte de leur situation particulière. Étant donné que la SPA est un programme ciblé améliorateur, concept sur lequel nous reviendrons ci-dessous, il n'est pas raisonnable à mon avis de dire que le MPO aurait dû mettre en œuvre le programme en tenant compte des besoins, de la situation et des capacités des Nawash.

iii) Objet d'amélioration

[46] En ce qui concerne le troisième facteur contextuel, soit l'objet d'amélioration de la SPA, le juge Dawson a adopté l'analyse que la Cour suprême du

Lovelace v. Ontario, [2000] 1 S.C.R. 950: that the ameliorative-purpose principle should be extended to situations where disadvantage, stereotyping, prejudice, or vulnerability describes the excluded group. That principle teaches that being excluded from a targeted or partnership program is less likely to be associated with stereotyping or conveying the message that the excluded group is less worthy of recognition than being excluded from a general benefits program. In *Lovelace*, the Court explains, at paragraph 60, that an underinclusive ameliorative program is not inconsistent with the purpose of subsection 15(1):

The application of the substantive equality analysis cannot be reduced to simple analytical formulae. For, while it is often true that distinctions may produce discrimination, there are many other situations where substantive equality requires that distinctions be made in order to take into account the actual circumstances of individuals as they are located in varying social, political, and economic situations. This is why this Court has long recognized that the purpose of s. 15(1) encompasses both the prevention of discrimination and the amelioration of the conditions of disadvantaged persons. . . . Accordingly, there has been an equally long-standing recognition that an underinclusive ameliorative law, program or activity may violate the constitutional equality interest. . . . However, until recently, the Court's consideration of underinclusiveness has been limited to the review of universal or generally comprehensive benefit schemes.

[47] *Lovelace* involved a program called the First Nations Fund (FNF), a program that directed the funds from a casino project to all Aboriginal bands registered under the *Indian Act* in Ontario. In that decision, written by Justice Iacobucci, the FNF is described as a targeted ameliorative program based on a partnership between government and First Nations, representatives. Iacobucci J. carefully emphasizes the partnership-nature of the casino project to distinguish it "from a universal or generally comprehensive benefits program".

[48] Not only was the FNF ameliorative, it was also aimed at ensuring that on-reserve commercial casino gaming was undertaken in compliance with the strict

Canada avait faite dans l'arrêt *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950: le principe de l'objet d'amélioration devrait s'étendre aux situations où le désavantage, les stéréotypes, les préjugés ou une vulnérabilité caractérisent le groupe exclu. Selon ce principe, le fait d'exclure un groupe d'un programme ciblé ou établi en partenariat risque moins d'associer à ce groupe des stéréotypes ou de communiquer le message qu'il est moins digne de reconnaissance que le fait d'être exclu d'un programme prévoyant des avantages généraux. Dans l'arrêt *Lovelace*, la Cour explique, au paragraphe 60, qu'un programme ayant un objet améliorateur mais un champ d'application trop limitatif est compatible avec l'objet du paragraphe 15(1):

L'application de l'analyse relative à l'égalité réelle ne peut être réduite à de simples formules analytiques. Car, quoiqu'il soit souvent vrai que des distinctions peuvent être source de discrimination, il y a de nombreuses autres situations où l'égalité réelle exige que des distinctions soient faites pour tenir compte de la situation concrète d'individus vivant dans des conditions sociales politiques et économiques différentes. Voilà pourquoi notre Cour reconnaît depuis longtemps que le par. 15(1) a non seulement pour objet d'empêcher la discrimination mais aussi d'améliorer la situation des personnes défavorisées [. . .] En conséquence, on reconnaît également depuis longtemps qu'une loi, un programme ou une activité ayant un objectif améliorateur mais un champ d'application trop limitatif peut porter atteinte au droit constitutionnel à l'égalité [. . .] Jusqu'à tout récemment toutefois, notre Cour a limité son examen de la question du champ d'application trop limitatif au contrôle de régimes d'avantages universels ou généralement accessibles.

[47] L'affaire *Lovelace* portait sur un programme appelé le Fonds des Premières nations (le FPN), dans le cadre duquel les fonds d'un projet de casino étaient distribués à toutes les bandes autochtones de l'Ontario inscrites en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Dans cette décision, qui a été rédigée par M. le juge Iacobucci, le FPN est décrit comme un programme améliorateur ciblé fondé sur un partenariat entre le gouvernement et les représentants des Premières nations. Le juge Iacobucci met minutieusement l'accent sur la nature de partenariat du projet de casino pour le distinguer «de régimes d'avantages universels ou généralement accessibles».

[48] Le FPN était non seulement un programme améliorateur, mais il visait aussi à assurer que les activités de jeu commerciales dans le casino de la réserve

regulations applicable to the supervision of gaming activities. Thus, the FNF in *Lovelace* was very similar to the AFS program in question in this case. As the Trial Judge found, the AFS has an ameliorative aim to improve the life of Aboriginals, as well as to regulate and manage the fishing industry. As such it is a targeted, partnered program rather than a general benefits program. For this reason, this appeal is on all fours with the facts in *Lovelace*, and the Trial Judge did not err in holding that the AFS is an ameliorative program similar to the program upheld in *Lovelace*.

[49] The appellants in *Lovelace* argued that they had precisely the same need to ameliorate poor social, cultural and economic conditions in their own communities as those communities with access to the First Nations Fund. The Court concluded, however, that more than a common need is necessary to establish that an ameliorative program discriminates contrary to subsection 15(1). Simply put, the appellants in *Lovelace*, like the appellants in this case, did not occupy the land-base which was covered by the impugned program.

[50] *Lovelace* dealt with a situation, similar to this one, in which both the claimants and the targeted group are equally disadvantaged. Faced with that situation, the Court in *Lovelace* felt it appropriate to extend the ameliorative purpose analysis to these situations where disadvantage, stereotyping, prejudice or vulnerability also describes the excluded group or individual. In doing so the Court adopted the view that subsection 15(2) of the Charter is confirmatory and supplementary to subsection 15(1), and acts as an interpretative tool of subsection 15(1). Accordingly, subsection 15(1) embraces ameliorative programs of the kind that are contemplated by subsection 15(2), and, therefore, these ameliorative programs can be included under the subsection 15(1) analysis, even if the excluded group is not an advantaged group in comparison with those ameliorated by the program.

soient conformes aux règlements stricts applicables à la supervision de pareilles activités. Par conséquent, dans l'affaire *Lovelace*, le FPN était fort semblable au programme de la SPA dont il est ici question. Comme le juge de première instance l'a conclu, la SPA a un objet améliorateur, à savoir améliorer la vie des Autochtones, en plus de réglementer et de gérer l'industrie de la pêche. Cela étant, il s'agit d'un programme ciblé fondé sur un partenariat plutôt que d'un programme conférant des avantages généraux. C'est pourquoi les faits du présent appel correspondent exactement à ceux de l'affaire *Lovelace*; le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en statuant que la SPA est un programme améliorateur semblable au programme qui a été confirmé dans l'arrêt *Lovelace*.

[49] Dans l'affaire *Lovelace*, les appelants ont affirmé qu'ils avaient exactement le même besoin d'améliorer les piètres conditions sociales, culturelles et économiques existant dans leurs collectivités que les collectivités qui avaient accès au Fonds des Premières nations. Toutefois, la Cour a conclu qu'il faut prouver davantage que l'existence d'un besoin commun pour établir qu'un programme améliorateur crée de la discrimination, en violation du paragraphe 15(1). Bref, dans l'affaire *Lovelace*, les appelants, comme les appelants ici en cause, n'occupaient pas les terres qui étaient visées par le programme contesté.

[50] L'arrêt *Lovelace* portait sur un cas, semblable à celui qui nous occupe, dans lequel les demandeurs et le groupe ciblé étaient également défavorisés. La Cour a donc jugé opportun d'étendre l'analyse relative à l'objet d'amélioration aux cas dans lesquels un désavantage, des stéréotypes, des préjugés ou une situation de vulnérabilité décrivent également la personne ou le groupe exclu. Ce faisant, la Cour a adopté la thèse selon laquelle le paragraphe 15(2) de la Charte confirme la portée du paragraphe 15(1) et vient s'ajouter aux dispositions du paragraphe 15(1), et sert d'outil d'interprétation du paragraphe 15(1). Par conséquent, le paragraphe 15(1) vise les programmes améliorateurs du genre de ceux qui sont envisagés au paragraphe 15(2), et ces programmes améliorateurs peuvent donc être inclus dans l'analyse relative au paragraphe 15(1) même si le groupe exclu n'est pas un groupe favorisé par rapport aux groupes visés par le programme améliorateur.

(iv) Nature of Interest Affected

[51] With respect to the fourth contextual factor, the Trial Judge refused to find that the appellants are so differently situated from coastal Aboriginal communities, who are eligible to participate in the AFS, that they have suffered severe and localized consequences from being excluded from the program. She concluded that the negative impact of exclusion was not “direct and massive” as the appellants argued. According to the Trial Judge’s interpretation of the now challenged evidence adduced about the appellants’ participation in the Bruce Peninsula Fishery discussions, the appellants had not been excluded from the opportunity to enter into an agreement with respect to the co-management of their fishery, and thus had not been denied access to related government funding.

Conclusion on Discrimination

[52] After applying the contextual factors, the Trial Judge found that the AFS is not a discriminatory program. She was not persuaded that a reasonable person, in circumstances similar to those of the Nawash People, would find that the appellants’ dignity was demeaned as a result of being excluded from the AFS.

[53] Differential treatment will not likely constitute discrimination within the purpose of subsection 15(1) where it does not violate the human dignity or freedom of a person or group, and, in particular, where the differential treatment also assists in ameliorating the position of the disadvantaged within Canadian society. The Court in *Law* defined “human dignity” as the feeling of self-respect and self-worth, as the realization of personal autonomy and self-determination. The Court elaborated on this definition, and described ways in which human dignity is damaged, at paragraph 53:

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

iv) La nature du droit touché

[51] En ce qui concerne le quatrième facteur contextuel, le juge de première instance a refusé de conclure que les appelants se trouvent dans une situation tellement différente de celle de leurs homologues des régions côtières qui ont le droit de participer à la SPA que leur exclusion du programme a eu sur eux des effets graves et localisés. Le juge a conclu que, contrairement à ce que les appelants soutenaient, les conséquences négatives de leur exclusion n’étaient pas «directes et considérables». Selon l’interprétation que le juge de première instance a donnée à la preuve maintenant contestée qui a été soumise au sujet de la participation des appelants aux discussions portant sur la pêche dans le secteur de la péninsule Bruce, il n’était pas interdit aux appelants de conclure une entente au sujet de la cogestion de leur pêche et on ne leur avait pas refusé le droit de recevoir un financement public connexe.

Conclusion sur la discrimination

[52] Après avoir appliqué les facteurs contextuels, le juge de première instance a conclu que la SPA n’était pas un programme discriminatoire. Le juge n’était pas convaincu qu’une personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle des Nawash conclurait que l’exclusion du champ d’application de la SPA avait porté atteinte à la dignité des appelants.

[53] La différence de traitement ne constituera probablement pas de la discrimination au sens du paragraphe 15(1) lorsqu’elle ne porte pas atteinte à la dignité humaine ou à la liberté d’une personne ou d’un groupe et, en particulier, lorsque le traitement différent aide également à améliorer la situation des personnes défavorisées au sein de la société canadienne. Dans l’arrêt *Law*, la Cour a défini la «dignité humaine» comme étant le sentiment de respect et d’estime de soi, la réalisation de l’autonomie personnelle et l’autodétermination. La Cour a donné des précisions au sujet de cette définition et, au paragraphe 53, elle a décrit diverses façons de porter atteinte à la dignité humaine:

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

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?

Using the concept of human dignity explained in *Law*, the Trial Judge thoroughly examined the contextual factors to determine whether the exclusion of the appellants from the AFS has the effect of demeaning their dignity. Recognizing that the focus of the inquiry is both subjective and objective, she examined the factors from the perspective of the appellants before concluding that, viewed from the perspective of the reasonable person, similarly situated with the appellants, the exclusion from the AFS had not demeaned the appellants' human dignity.

[54] Although the contextual factors are to be assessed subjectively, from the position of the appellants, a court must be satisfied that the claimant's assertion that the differential treatment demeans his or her dignity is supported by an objective assessment of the situation. Accordingly, all of that individual or group's traits, history, and circumstances must be considered in evaluating whether a reasonable person in circumstances similar to those of the claimant would find that the program which imposes differential treatment has the effect of demeaning his or her dignity.

[55] In *Lavoie*, the Court described the subjective-objective test, at paragraph 47, as follows:

In measuring the appellants' subjective experience of discrimination against an objective standard, it is crucial not to elide the distinction between the claimant's onus to establish a *prima facie* s. 15(1) violation and the state's onus to justify such a violation under s. 1. Section 15(1) requires the claimant to show that her human dignity and/or freedom is adversely

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?

En utilisant le concept de la dignité humaine qui a été expliqué dans l'arrêt *Law*, le juge de première instance a examiné à fond les facteurs contextuels en vue de déterminer si l'exclusion des appelants de la SPA a pour effet de porter atteinte à leur dignité. Le juge, qui reconnaissait que la portée de l'examen est à la fois subjective et objective, a examiné les facteurs du point de vue des appelants avant de conclure que, du point de vue de la personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle des appelants, l'exclusion du champ d'application de la SPA n'avait pas porté atteinte à la dignité humaine des appelants.

[54] Les facteurs contextuels doivent être appréciés subjectivement, mais selon les appelants, la Cour doit être convaincue que l'assertion du demandeur selon laquelle le traitement différent porte atteinte à sa dignité est étayée par une appréciation objective de la situation. Par conséquent, il faut tenir compte de toutes les caractéristiques de cette personne ou de ce groupe, de ses antécédents et de sa situation pour déterminer si une personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur conclurait que le programme qui impose un traitement différent a pour effet de porter atteinte à sa dignité.

[55] Dans l'arrêt *Lavoie*, la Cour a décrit comme suit, au paragraphe 47, le critère subjectif-objectif:

Pour jauger l'expérience subjective de discrimination de chaque appelante à partir d'une norme objective, il est crucial de ne pas escamoter la distinction entre la charge de la preuve *prima facie* d'une atteinte au par. 15(1) qui incombe au demandeur et la charge de justifier l'atteinte en vertu de l'article premier qui incombe à l'État. Le paragraphe 15(1)

affected. The concepts of dignity and freedom are not amorphous and, in my view, do not invite the kind of balancing of individual against state interest that is required under s. 1 of the Charter. On the contrary, the subjective inquiry into human dignity requires the claimant to provide a rational foundation for her experiences of discrimination in the sense that a reasonable person similarly situated would share that experience.

[56] According to this approach, the claimant's subjective experience is examined through an objective lens so that subsection 15(1) is not found to be violated every time a claimant alleges that his or her dignity has been harmed. Even though Chief Akiwenzie testified that his people felt left out and forgotten when they learned that the AFS did not apply to them, in my view, the Trial Judge did not err in concluding that a reasonable person, in circumstances similar to the Nawash People, would not feel that the exclusion from the AFS imposes differential treatment which has the effect of demeaning one's dignity.

[57] Like the FNF, the AFS is targeted at ameliorating the conditions of disadvantage for specific Aboriginal groups. This is another detail that comes into play in assessing whether human dignity is harmed. As such, I refer to the principle from *Lovelace* which states that exclusion from an ameliorative program is not likely to be associated with stereotyping or stigmatization or conveying the message that the excluded group is less worthy of recognition and participation in the larger society. The targeted arrangement and circumstances surrounding the implementation of the AFS do not result in any lack of recognition of the appellants as a self-governing community. This factor consequently militates against a finding that the AFS has the effect of demeaning the appellants' human dignity.

[58] The fact that the AFS has an ameliorative purpose, and the effect of this finding, needs further elaboration. Specifically, where the ameliorative purpose or effect of a program like this one is in harmony with the purpose of subsection 15(1) of the Charter, the

oblige le demandeur à montrer que sa dignité humaine ou sa liberté est compromise. La dignité et la liberté ne sont pas des notions floues et, à mon avis, elles n'appellent pas le type de mise en balance de l'intérêt de la personne et de celui de l'État qu'exige l'article premier de la Charte. Au contraire, l'examen subjectif de la dignité humaine oblige le demandeur à établir le fondement rationnel de son expérience de discrimination en ce sens qu'une personne raisonnable vivant une situation semblable partagerait cette expérience.

[56] Conformément à cette approche, l'expérience subjective du demandeur est examinée selon un point de vue objectif de sorte qu'il n'est pas conclu que le paragraphe 15(1) est violé chaque fois qu'un demandeur allègue que sa dignité a été bafouée. Même si le chef Akiwenzie a témoigné que son peuple a été mis à l'écart et oublié lorsqu'il a appris que la SPA ne s'appliquait pas à lui, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur, à mon avis, en concluant qu'une personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle du peuple Nawash ne croirait pas que l'exclusion de la SPA impose un traitement différent ayant pour effet de porter atteinte à sa dignité.

[57] Comme le FPN, la SPA vise à améliorer la situation désavantageuse de groupes autochtones précis. Cet autre détail entre en jeu lorsqu'il s'agit de déterminer si la dignité humaine est bafouée. Cela étant, je me reporterai au principe énoncé dans l'arrêt *Lovelace*, selon lequel le fait d'exclure un groupe d'un programme améliorateur n'est pas susceptible d'associer à ce groupe des stéréotypes ou des stigmates ou encore de communiquer le message qu'il est moins digne de reconnaissance et d'intégration au sein de la société dans son ensemble. L'arrangement ciblé et les circonstances dans lesquelles la SPA a été mise en œuvre n'entraînent pas une absence de reconnaissance des appelants en tant que collectivité jouissant de l'autonomie gouvernementale. Ce facteur milite donc à l'encontre d'une conclusion selon laquelle la SPA a pour effet de porter atteinte à la dignité humaine des appelants.

[58] Des précisions additionnelles doivent être données au sujet du fait que la SPA a un objet d'amélioration ainsi qu'au sujet de l'effet de cette conclusion. Plus précisément, lorsque l'objet ou l'effet d'amélioration d'un programme comme celui-ci est

exclusion of a group like the appellants from that program is not likely to violate human dignity. Although groups like the Nawash People, who find themselves excluded from targeted programs like the AFS, may legitimately feel left out and disempowered, to find that such a program violates the equality provisions of the Charter might serve as a disincentive to the creation of future targeted programs designed to ameliorate the depressed social and economic conditions of Canada's Aboriginal communities. Section 15 is a tool to foster equality by eliminating discriminatory laws or government practices that unfairly privilege one group in society over another. Although the section 15 equality jurisprudence has evolved since 1985 to recognize more subtle forms of discrimination, and although analogous grounds upon which discrimination can be based have been expanded, this provision was not designed to thwart ameliorative programs aimed at eradicating disadvantage in particular situations. This is not to say that section 15 could not be used to rectify the discriminatory effects of an underinclusive program which is found to be at odds with the purpose of subsection 15(1), but the AFS is not such a program.

[59] To recap, I find that the Trial Judge did not err in her application of *Law* to the appellants' subsection 15(1) claim. I agree with her conclusion that the distinction drawn by the AFS, between inland bands such as the Nawash People and coastal Aboriginal fishing communities, is not one that is based on a personal characteristic. Like the Trial Judge, I have also refrained from deciding whether the analogous ground of Aboriginality-residence recognized in *Corbiere* should be expanded to include on-reserve status. And finally, I agree with the Trial Judge's finding that the appellants' dignity has not been harmed by being excluded from the program. Consequently, the Trial Judge was correct to find that the AFS is not a discriminatory program contrary to subsection 15(1).

conforme à l'objet du paragraphe 15(1) de la Charte, le fait d'exclure de ce programme un groupe comme celui des appelants n'est pas susceptible de violer la dignité humaine. Des groupes tels que les Nawash, qui se trouvent exclus de programmes ciblés comme la SPA, peuvent légitimement se sentir oubliés et tenus à l'écart du pouvoir, mais conclure que pareil programme viole les dispositions de la Charte relatives à l'égalité pourrait servir à décourager la création de programmes ciblés futurs destinés à améliorer la situation sociale et économique défavorisée des collectivités autochtones du Canada. L'article 15 est un outil destiné à encourager l'égalité en éliminant les lois ou pratiques gouvernementales discriminatoires qui privilégient d'une façon inéquitable un groupe de la société par rapport à un autre. La jurisprudence portant sur l'égalité prévue à l'article 15 a évolué depuis 1985; elle a reconnu des formes plus subtiles de discrimination et, même si la portée des motifs analogues sur lesquels la discrimination peut être fondée a été élargie, cette disposition n'était pas destinée à nuire aux programmes améliorateurs visant à éliminer un désavantage dans des cas particuliers. Cela ne veut pas dire que l'article 15 ne pourrait pas être utilisé pour remédier aux effets discriminatoires d'un programme dont le champ d'application est trop limitatif et qui est considéré comme allant à l'encontre de l'objet du paragraphe 15(1), mais la SPA n'est pas un tel programme.

[59] En résumé, je conclus que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en appliquant l'arrêt *Law* à l'allégation des appelants fondée sur le paragraphe 15(1). Je souscris à la conclusion tirée par le juge, à savoir que la distinction établie par la SPA entre les bandes des régions intérieures comme les Nawash et les collectivités côtières de pêcheurs autochtones n'est pas fondée sur une caractéristique personnelle. Comme le juge de première instance, je me suis abstenu de déterminer si le motif analogue de l'autochtonité-lieu de résidence reconnu dans l'arrêt *Corbiere* doit s'appliquer de façon à inclure la qualité de membre dans une réserve. Enfin, je souscris à la conclusion du juge de première instance lorsqu'elle dit que la dignité des appelants n'a pas été bafouée du fait qu'ils ont été exclus du programme. Par conséquent, le juge de première instance a eu raison de conclure que la SPA n'est pas un programme discriminatoire allant à l'encontre du paragraphe 15(1).

[60] I will now briefly deal with the subsidiary issues raised in this appeal.

FIDUCIARY DUTY

[61] The appellants argued before the Trial Judge that the delegation of the administration of fisheries management to Ontario constituted a breach of the Crown's fiduciary duty because the Crown treated comparable beneficiaries unequally and favoured the respondents' own administrative convenience and economic concerns over the concerns of the Crown's beneficiaries. The respondents admitted that the Crown has a fiduciary relationship with the Aboriginal peoples of Canada, but argued that the Court was obliged to assess the specific relationship to determine if circumstances exist which give rise to a fiduciary duty. The Trial Judge accepted the respondents' submission, and, after examining two approaches (reasonable expectation and ceding power) to fiduciary obligations, concluded that no fiduciary obligation to the Nawash People existed with respect to the AFS because there was no evidence of any statute, contract, unilateral undertaking, or conduct pointing to a fiduciary relationship in this context.

[62] On appeal the appellants argued that evidence adduced at trial establishes that they both ceded power to the respondents and had a reasonable expectation that their fishing rights would be protected by the federal, and not the provincial, government. The responsibility of the federal Crown for the welfare of Aboriginal peoples, they argue, is one that cannot be subordinated to a provincial government, irrespective of where the Aboriginal and treaty rights might be exercised. The appellants allege that when implementing a program to facilitate or recognize Aboriginal rights in Canada, there is a fiduciary duty upon the Crown to see that the program applies equally to all Aboriginal peoples who hold those rights. They argue that the fiduciary duty arose simply out of the setting up of the AFS program so as to recognize the rights articulated by the *Sparrow* decision.

[60] J'examinerai maintenant brièvement les questions accessoires qui sont soulevées dans l'appel.

L'OBLIGATION FIDUCIAIRE

[61] Les appelants ont soutenu devant le juge de première instance que la délégation de l'administration de la gestion des pêches à l'Ontario constituait un manquement à l'obligation fiduciaire qui incombait à la Couronne parce que la Couronne avait traité de façon inégale des bénéficiaires comparables et avait favorisé ses propres intérêts administratifs et ses propres préoccupations économiques au détriment de ceux de ses bénéficiaires. Les intimés ont admis qu'il existait une relation fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones du Canada, mais ils ont soutenu que la Cour était tenue d'apprécier la relation spécifique dans le but de déterminer s'il existe des circonstances donnant lieu à une obligation fiduciaire. Le juge de première instance a retenu l'argument des intimés; après avoir examiné deux approches (les attentes raisonnables et la cession de pouvoir) à l'égard des obligations fiduciaires, elle a conclu qu'il n'existait aucune obligation fiduciaire envers les Nawash pour ce qui est de la SPA parce que rien ne montrait qu'une loi, un contrat, un engagement unilatéral ou une conduite indiquait qu'une relation fiduciaire était créée dans ce contexte.

[62] En appel, les appelants ont soutenu que la preuve soumise en première instance établit qu'ils ont cédé leur pouvoir aux intimés et qu'il existait des attentes raisonnables que leurs droits de pêche soient protégés par le gouvernement fédéral plutôt que par le gouvernement provincial. Selon les appelants, la responsabilité de la Couronne fédérale pour ce qui est du bien-être des peuples autochtones ne peut pas être subordonnée à un gouvernement provincial, et ce, indépendamment de l'endroit où les droits ancestraux et les droits issus de traités pourraient être exercés. Les appelants allèguent que lorsqu'un programme visant à faciliter ou à reconnaître des droits ancestraux au Canada est mis en œuvre, la Couronne a l'obligation fiduciaire de s'assurer que le programme s'applique uniformément à tous les peuples autochtones qui sont titulaires de ces droits. Ils affirment que l'obligation fiduciaire a pris naissance simplement du fait que le programme de la SPA a été mis sur pied de façon à reconnaître les droits énoncés dans la décision *Sparrow*.

[63] The appellants arguments are unsupported by the evidence adduced at trial. The AFS is a program designed to facilitate the management of Aboriginal fishing in fisheries managed by DFO in a manner consistent with ensuring sufficient access of Aboriginal peoples to the fishery resource to satisfy their food, social and ceremonial needs as well as their desire for co-operative management of their fishing. The Trial Judge correctly applied the doctrine of “reasonable expectations” and the “ceding of power-vulnerability” approach to determine whether a fiduciary duty is owed to the appellants with respect to the AFS. As a result, her determination that no such duty is owed in the context of the AFS should not be disturbed.

THE AFS IN ONTARIO

[64] The appellants contend that the Trial Judge misapprehended the evidence and erred in law in finding that the federal government is unable to implement the AFS in the province of Ontario. The federal government, they say has refused to apply the AFS in Ontario not because of constitutional or legislative incompetence, but because of administrative and fiscal convenience.

[65] The respondents contend that this argument is a “red-herring”, and I tend to agree. In this case the appellants have focussed on the incentive aspect of the AFS, with little reference to the fact that a large part of the program entails negotiations between the Crown and the Aboriginal communities involved in the program. The effect of these negotiations is that Aboriginal access to the fishery in the participating communities is regulated and supervised. The Trial Judge found that no benefits flow from the AFS until an Aboriginal fishing agreement is negotiated with a particular community. Accordingly, the federally run AFS only applies to bands located in areas where the DFO has control over the allocation of fishery resources. As the province of Ontario controls the allocation of fishery resources within its borders, the federal government would be encroaching on this delegated authority if it were to endeavour to implement the AFS in non-coastal areas like Georgian Bay. So, while it may be constitutionally

[63] Les arguments des appelants ne sont pas étayés par la preuve qui a été soumise en première instance. La SPA est un programme destiné à faciliter la gestion de la pêche autochtone en ce qui concerne les pêches gérées par le MPO, de façon à assurer aux peuples autochtones un accès suffisant à la ressource halieutique pour satisfaire à leurs besoins alimentaires, sociaux et rituels ainsi qu’à leur désir d’assurer la gestion collective de leur pêche. Le juge de première instance a appliqué correctement la doctrine des «attentes raisonnables» et l’approche «cession de pouvoir-vulnérabilité» pour déterminer s’il existe une obligation fiduciaire envers les appelants à l’égard de la SPA. La conclusion du juge selon laquelle il n’existe aucune obligation de ce genre dans le contexte de la SPA ne devrait donc pas être modifiée.

LA SPA EN ONTARIO

[64] Les appelants soutiennent que le juge de première instance a mal apprécié la preuve et qu’elle a commis une erreur de droit en concluant que le gouvernement fédéral ne peut pas mettre en œuvre la SPA en Ontario. Ils affirment que le gouvernement fédéral a refusé d’appliquer la SPA en Ontario non parce qu’il n’est pas compétent sur le plan constitutionnel ou législatif, mais pour des raisons de commodité administrative et financière.

[65] Les intimés soutiennent que cet argument est un «faux-fuyant»; j’ai tendance à souscrire à leur avis. En l’espèce, les appelants ont mis l’accent sur l’élément incitatif de la SPA en faisant peu de cas du fait qu’une bonne partie du programme comporte des négociations entre la Couronne et les collectivités autochtones participant au programme. L’effet de ces négociations est que l’accès autochtone à la pêche dans les collectivités participantes est réglementé et supervisé. Le juge de première instance a conclu que la SPA ne confère aucun avantage tant que l’entente relative à la pêche autochtone n’est pas négociée avec une collectivité particulière. La SPA gérée au palier fédéral s’applique donc uniquement aux bandes habitant dans des régions où le MPO exerce un contrôle sur l’allocation des ressources halieutiques. Étant donné que la province d’Ontario contrôle l’allocation des ressources halieutiques sur son territoire, le gouvernement fédéral empiéterait sur ce pouvoir délégué s’il devait tenter de mettre en œuvre la SPA dans

possible for the federal government to alter its administrative arrangement with the provinces regarding the management of inland fisheries, subsection 15(1) does not require them to do this.

MEDIATED DISCUSSIONS

[66] The appellants argued that the mediated discussions are irrelevant to their subsection 15(1) claim, and that the Trial Judge fundamentally erred in relying on them. Furthermore, they contend that the respondents unfairly relied on the “draft without prejudice” document, found to be inadmissible, to conduct their cross-examination of Chief Akiwenzie. This evidence, they say, was derived from the draft document, a derivative use which it is submitted is impermissible.

[67] As the respondents pointed out, it was the appellants themselves who introduced into evidence the substance and content of these mediated discussions. Evidence of these discussions was adduced during the examination-in-chief of Chief Akiwenzie, and as a result, before cross-examination ever started, the Trial Judge was aware that a co-management arrangement for commercial fishing between the Nawash People and the Province of Ontario was being negotiated. Moreover, the appellants did not object to any of the questions put to Chief Akiwenzie on cross-examination.

[68] The Trial Judge relied on the evidence of the mediated discussion in considering the contextual factor “nature of the interest affected” in the final part of the *Law* analysis. From the evidence before her she said that she was not persuaded that the appellants were excluded from the opportunity to enter into a co-management agreement concerning their fishery. I agree with this approach. Further, I do not think the Trial Judge erred by considering evidence of the mediated discussions, adduced by the appellants, to determine whether the appellants’ exclusion from the AFS resulted in severe and localized consequences. If there was any privilege

des régions non côtières comme la baie Georgienne. Sur le plan constitutionnel, il est peut-être possible pour le gouvernement fédéral de modifier l’arrangement administratif auquel il est arrivé avec les provinces au sujet de la gestion des pêches intérieures, mais le paragraphe 15(1) ne les oblige pas à le faire.

DISCUSSIONS SOUMISES À LA MÉDIATION

[66] Les appelants ont soutenu que les discussions qui ont été soumises à la médiation ne sont pas pertinentes aux fins de leur allégation fondée sur le paragraphe 15(1) et que le juge de première instance a fondamentalement commis une erreur en se fondant sur ces discussions. En outre, ils affirment que les intimés se sont fondés d’une façon inéquitable sur le document qu’on a désigné comme étant un [TRADUCTION] «projet établi sous toute réserve», qui a été jugé inadmissible, pour contre-interroger le chef Akiwenzie. Ils affirment que cette preuve était tirée du projet de document, soit une utilisation secondaire qui, est-il soutenu, serait prohibée.

[67] Comme les intimés le soulignent, ce sont les appelants eux-mêmes qui ont présenté en preuve la substance et le contenu des discussions soumises à la médiation. La preuve de ces discussions a été présentée au cours de l’interrogatoire principal du chef Akiwenzie et, avant même que le contre-interrogatoire commence, le juge de première instance savait donc que des négociations en vue d’une entente de cogestion de la pêche commerciale entre les Nawash et la province d’Ontario étaient en cours. En outre, les appelants ne se sont pas opposés aux questions qui ont été posées au chef Akiwenzie pendant le contre-interrogatoire.

[68] Le juge de première instance s’est fondé sur la preuve des discussions soumises à la médiation en examinant le facteur contextuel de la «nature du droit touché» dans la dernière partie de l’analyse effectuée selon l’arrêt *Law*. Le juge a dit que, compte tenu des éléments de preuve qui lui avaient été soumis, elle n’était pas convaincue qu’il était interdit aux appelants de conclure une entente au sujet de la cogestion de leurs pêches. Je souscris à cette approche. En outre, je ne crois pas que le juge de première instance ait commis une erreur en tenant compte de la preuve relative aux discussions soumises à la médiation fournie par les

attached to the mediated discussions, it was waived by the appellants who lead the evidence.

CONCLUSION

[69] This appeal should be dismissed with costs.

SEXTON J.A.: I agree.

SHARLOW J.A.: I agree.

appelants en vue de déterminer si l'exclusion des appelants du champ d'application de la SPA entraînait des conséquences localisées graves. Si un privilège se rattachait aux discussions soumises à la médiation, les appelants y ont renoncé en présentant la preuve.

CONCLUSION

[69] L'appel doit être rejeté avec dépens.

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

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

T-2024-01
2002 FCT 1278

T-2024-01
2002 CFPI 1278

Arthur Froom (*Applicant*)

Arthur Froom (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Justice (*Respondent*)

Le ministre de la Justice (*défendeur*)

INDEXED AS: FROOM v. CANADA (MINISTER OF JUSTICE)
(T.D.)

RÉPERTORIÉ: FROOM c. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE)
(1^{re} INST.)

Trial Division, Gibson J.—Toronto, November 27;
Ottawa, December 9, 2002.

Section de première instance, juge Gibson—Toronto,
27 novembre; Ottawa, 9 décembre 2002.

Extradition — Justice Minister issuing authority to proceed under Extradition Act, s. 15 — Judicial review application struck by prothonotary on basis of Parliamentary intent extradition matter for provincial superior courts — Extradition from Canada four-part process: (1) partner state submits requests; (2) Minister authorizes Attorney General to seek committal order in provincial superior Court if satisfied conditions specified in Act met; (3) extradition hearing resulting in committal order pending surrender under Act, s. 29; (4) under Act, s. 40, Minister may order surrender to requesting state — Under Extradition Act, s. 57(1), F.C. jurisdiction ousted as to s. 40 decision but no reference to s. 15(1) (authority to proceed) — Appeal allowed — Prothonotary not given power by Federal Court Rules, 1998 to deal with motion relating to liberty of person — Questionable whether prothonotary had jurisdiction herein — Impugned decision involved question vital to final issue of case — Appeal court to exercise discretion de novo — Question: was motion so clearly improper as to be bereft of any possibility of success — When, in 1990, Parliament amended Federal Court Act to give it power to review royal prerogative decisions, revealed intention little outside scope of judicial review — Extradition hearing judges have taken position lacking power to question authority to proceed — Argument Court should decline jurisdiction it may have as incompatible with statutory scheme, better considered at judicial review.

Extradition — Le ministre de la Justice a pris un arrêté introductif d'instance conformément à l'art. 15 de la Loi sur l'extradition — La demande de contrôle judiciaire a été radiée par le protonotaire au motif que le législateur a conféré aux cours supérieures provinciales la compétence en matière d'extradition — Le processus d'extradition du Canada se divise en quatre phases: 1) l'État partenaire présente une demande; 2) le ministre autorise le procureur général à demander à la cour supérieure provinciale une ordonnance d'incarcération s'il est convaincu que les conditions prévues par la Loi sont réunies; 3) la demande d'extradition est entendue et une ordonnance d'incarcération jusqu'à remise est délivrée en application de l'art. 29 de la Loi; 4) conformément à l'art. 40 de la Loi, le ministre peut ordonner l'extradition vers l'État partenaire qui en a fait la demande — L'art. 57(1) de la Loi sur l'extradition exclut la compétence de la Cour fédérale lorsqu'il s'agit d'une décision prise en vertu de l'art. 40, mais la Loi demeure silencieuse relativement à un arrêté introductif d'instance pris en vertu de l'art. 15(1) — Appel accueilli — Les Règles de la Cour fédérale (1998) ne confèrent pas au protonotaire le pouvoir de trancher des requêtes concernant la mise en liberté ou l'incarcération d'une personne — Il subsistait un doute quant à savoir si le protonotaire avait compétence en l'espèce — La décision contestée posait une question ayant une influence déterminante sur l'issue du principal — Le juge saisi de l'appel doit exercer son pouvoir discrétionnaire en reprenant l'affaire depuis le début — La question à trancher était de savoir si l'avis de requête était manifestement irrégulier au point de n'avoir aucune chance d'être accueilli — Lorsque le Parlement a modifié, en 1990, la Loi sur la Cour fédérale de manière à permettre le contrôle judiciaire des décisions prises dans l'exercice d'une prerogative royale, il voulait faire en sorte que bien peu de chose soit à l'abri du contrôle judiciaire — Les juges d'extradition ne se considèrent pas investis du pouvoir de réviser un arrêté introductif d'instance — L'argument selon lequel la Cour devrait refuser d'exercer la compétence qu'elle peut avoir parce que cela serait incompatible avec le régime de la Loi, devrait être examiné dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire.

Federal Court Jurisdiction — Trial Division — Appeal from order of prothonotary striking judicial review application regarding authority to proceed issued by Justice Minister under Extradition Act — Prothonotary ruling Parliament's intention extradition within jurisdiction of provincial superior courts — Extradition Act, s. 57(1) ousting F.C. jurisdiction regarding Ministerial decisions under s. 40 (surrender to requesting authority) but not as to authority to proceed — Under Federal Court Rules, 1998 prothonotary lacking power to deal with motion regarding personal liberty — Applicant herein had been arrested, released on recognizance — Doubtful prothonotary had jurisdiction — As question vital to final issue of case, F.C.T.D. on appeal to exercise discretion de novo — Minister's argument Parliament's intention extradition matters dealt with by provincial superior courts based on distinguishable case — When, in 1990, Parliament gave F.C. judicial review power over royal prerogative decisions, indicated very little to be excluded from judicial review — Suggestion Court decline jurisdiction as incompatible with statutory scheme better considered at hearing of judicial review application.

This was an appeal by motion from an order of a Prothonotary striking an application for judicial review of a decision of the Minister of Justice, being an authority to proceed under *Extradition Act*, section 15. Under the authority issued by the Minister, applicant was arrested, following an *ex parte* application to the Ontario Superior Court of Justice, but later released on a recognizance requiring a cash deposit and a surety. Thus, he was, for a time, deprived of his liberty and his present liberty is conditional in nature. The Prothonotary's brief reasons for decision were that Parliament's intention was that extradition proceedings be dealt with by the provincial superior courts expeditiously so that Canada could promptly meet its international obligations.

The process for extradition from Canada is composed of four distinct phases. (1) An extradition partner state submits to the Minister an extradition request. (2) The Minister considers the request to determine whether or not the conditions specified in the *Extradition Act* have been met. If they have,

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Appel interjeté à l'encontre d'une ordonnance par laquelle un protonotaire a radié une demande de contrôle judiciaire d'un arrêté introductif d'instance pris par le ministre de la Justice en vertu de la Loi sur l'extradition — Le protonotaire a estimé que le législateur a voulu que les cours supérieures provinciales aient compétence en matière d'extradition — L'art. 57(1) de la Loi sur l'extradition exclut la compétence de la Cour fédérale en ce qui concerne les décisions ministérielles prises en vertu de l'art. 40 (extradition vers le partenaire qui en fait la demande), mais non pour ce qui est d'un arrêté introductif d'instance — Les Règles de la Cour fédérale (1998) ne confèrent pas au protonotaire le pouvoir de trancher des requêtes concernant la mise en liberté ou l'incarcération d'une personne — Le demandeur a été arrêté puis libéré sous engagement — Il subsiste un doute quant à savoir si le protonotaire avait compétence — Puisque la décision contestée pose une question ayant une influence déterminante sur l'issue du principal, la C.F. 1^{re} inst. doit exercer en appel son pouvoir discrétionnaire en reprenant l'affaire depuis le début — L'argument selon lequel le législateur a voulu conférer aux cours supérieures des provinces la compétence en matière d'extradition est fondé sur une décision qui se distingue de la présente affaire — Lorsque le Parlement a conféré, en 1990, à la Cour fédérale le contrôle judiciaire des décisions prises dans l'exercice d'une prérogative royale, cela signifiait que bien peu de chose pouvait être à l'abri du contrôle judiciaire — L'argument selon lequel la Cour ne devrait pas exercer sa compétence parce que cela serait incompatible avec le régime de la Loi, devrait être examiné dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire.

Il s'agit d'un appel interjeté par voie de requête à l'encontre d'une ordonnance rendue par un protonotaire qui a radié une demande de contrôle judiciaire d'un arrêté introductif d'instance pris par le ministre de la Justice en vertu de l'article 15 de la *Loi sur l'extradition*. En raison de l'arrêté introductif d'instance, le demandeur a été arrêté à la suite d'une requête *ex parte* présentée devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario, mais il a ensuite été libéré après avoir souscrit un engagement de fournir un dépôt en espèces et une caution. Par conséquent, il a été privé de sa liberté pendant un certain temps et la liberté dont il jouit à l'heure actuelle est de nature conditionnelle. Dans de brefs motifs qu'il a fournis à l'appui de sa décision, le protonotaire a expliqué que le législateur voulait que les cours supérieures provinciales règlent rapidement les procédures d'extradition afin que le Canada s'acquitte promptement de ses obligations internationales.

Le processus d'extradition du Canada se divise en quatre phases distinctes: 1) Un État partenaire présente au ministre une demande d'extradition. 2) Le ministre examine la demande d'extradition pour décider si les conditions prévues par la *Loi sur l'extradition* sont ou ne sont pas réunies. Si elles le sont, le

the Justice Minister authorizes the Attorney General to proceed before a Superior Court of Justice for an order for committal. The authority to proceed sets forth the Canadian offences which correspond to the crimes alleged (in the instant case it was fraud, conspiracy to commit that offence as well as conspiracy to launder the proceeds of crime and laundering the proceeds). (3) An extradition hearing before a provincial superior court judge which can result in an order of committal to await surrender under *Extradition Act*, section 29 and a report to the Minister under section 38. (4) Under Act, section 40, the Minister is authorized to order the surrender to the authority seeking extradition of the person committed to await surrender.

It was important to note that *Extradition Act*, subsection 57(1) ousts the jurisdiction of the Federal Court to judicially review a Ministerial decision under section 40, giving it to the provincial court of appeal. There is no equivalent ousting in relation to the issuance of an authority to proceed under subsection 15(1).

Four issues had to be dealt with upon this appeal: (1) had the prothonotary jurisdiction to strike the judicial review application; (2) if he had jurisdiction, what is the standard of review; (3) whether this Court has jurisdiction to judicially review an authority to proceed; and (4) if it has jurisdiction, should this Court, on the facts, exercise such jurisdiction?

Held, the appeal by way of motion should be allowed.

(1) Under subsection 50(1) of the *Federal Court Rules, 1998* a prothonotary is empowered to deal with any motion under the Rules other than one relating to the liberty of a person. In the instant case, an arrest warrant had been executed and applicant incarcerated. Thus, it could be argued that the motion to strike was in relation to applicant's liberty since he was seeking to strike the authority under which he had been incarcerated and remains conditionally at large. The effect of the prothonotary's decision would be to extinguish applicant's challenge to the authority whereunder his liberty was, and is, put in jeopardy. While it is doubtful that the prothonotary did have jurisdiction herein, this question did not have to be definitively answered in view of the Court's determination of other issues on this appeal.

ministre de la Justice autorise le procureur général à demander à une cour de justice supérieure la délivrance d'une ordonnance d'incarcération. L'arrêté introductif d'instance énonce les infractions punissables au Canada qui correspondent aux crimes allégués (dans la présente affaire: fraude, complot en vue de commettre une fraude, complot en vue de recycler les produits de la criminalité et recyclage des produits de la criminalité). 3) Un juge de la cour supérieure provinciale entend la cause et ordonne, le cas échéant, l'incarcération jusqu'à la remise, en application de l'article 29 de la *Loi sur l'extradition*, puis il fait rapport au ministre conformément à l'article 38. 4) L'article 40 de la Loi confère au ministre le pouvoir d'ordonner l'extradition d'une personne incarcérée jusqu'à remise vers le partenaire qui demande l'extradition.

Il importe de noter que le paragraphe 57(1) de la *Loi sur l'extradition* exclut la compétence de la Cour fédérale pour ce qui est du contrôle judiciaire d'une décision prise par le ministre en vertu de l'article 40 et confère cette compétence à la cour d'appel provinciale. La Loi n'exclut pas de manière équivalente la compétence de la Cour pour ce qui est d'un arrêté introductif d'instance pris en vertu du paragraphe 15(1).

Le présent appel soulève quatre questions: 1) le protonotaire avait-il compétence pour radier la demande de contrôle judiciaire? 2) si oui, quelle est la norme de contrôle applicable? 3) la Cour a-t-elle compétence pour entendre la demande de contrôle judiciaire d'un arrêté introductif d'instance? 4) Si oui, doit-elle exercer cette compétence au vu des faits de la présente affaire?

Jugement: l'appel par voie de requête doit être accueilli.

1) En vertu du paragraphe 50(1) des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, le protonotaire a compétence pour entendre toute requête présentée en vertu des Règles, à l'exclusion d'une requête concernant la mise en liberté ou l'incarcération d'une personne. Dans la présente affaire, un mandat d'arrestation a été exécuté et le demandeur a été incarcéré. Par conséquent, on peut soutenir que la requête en radiation concernait la mise en liberté ou l'incarcération d'une personne parce que le demandeur cherchait à faire annuler l'arrêté en vertu duquel il a été incarcéré et demeure maintenant en liberté conditionnelle. La décision du protonotaire aurait pour effet d'éteindre la contestation du demandeur à l'égard de l'arrêté en vertu duquel sa liberté a été compromise et continue de l'être. Même s'il subsiste un doute quant à savoir si le protonotaire avait bel et bien compétence pour décider de la requête, il n'était pas nécessaire de trancher cette question de manière définitive compte tenu des conclusions que la Cour a tirées sur d'autres questions soulevées dans le présent appel.

(2) It was not disputed that the impugned decision involved a question vital to “the final issue of the case” as defined by Justice MacGuigan in *Aqua-Gem Investments Ltd.* Accordingly, upon appeal, the Court had to exercise its discretion *de novo* in deciding whether applicant’s notice of motion was “so clearly improper as to be bereft of any possibility of success”.

(3) It was urged by counsel for the Minister that Parliament’s intention was that jurisdiction over extradition matters be vested in the provincial superior courts and in support of that proposition reference was made to the Trial Division decision in *Garcia v. Canada (Minister of Justice)*. That decision could, however, be distinguished on its facts and as having concerned the predecessor to the current *Extradition Act*. As pointed out by Décary J.A., for the Court, in *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, when, in 1990, Parliament amended paragraph 18(1)(a) of the *Federal Court Act* to allow for judicial review of decisions made in the exercise of a royal prerogative, it revealed its intention that henceforth very little would be beyond the scope of judicial review. In *Fast v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, a citizenship revocation matter, Lemieux J. was not satisfied that the Minister, in issuing a notice, was not exercising a statutory power contemplated by *Federal Court Act*, section 2. That Judge found apt the *Complexe Cousineau* case.

Judges exercising jurisdiction under the *Extradition Act* have made it clear that they lack authority to judicially review the exercise by the Minister of his power to issue an authority to proceed. Thus, in *Federal Republic of Germany v. Schreiber*, Justice Watt wrote that the “Minister of Justice is the guardian of Canadian sovereignty interests” and that her decision “albeit of a political nature, may well involve considerations of foreign law that are beyond the scope of the extradition hearing judge’s authority”. He specifically indicated in an endorsement in that matter that his jurisdiction did not extend to inquiring into the validity of the authority to proceed.

As noted above, this Court’s jurisdiction to review a surrender order has been ousted by subsection 57(1) but, by stark contrast, no mention was made of the decision to issue an authority to proceed. Thus, Parliament chose not to oust the Court’s jurisdiction to review such decisions.

2) Il est admis que la décision contestée soulevait une question «ayant une influence déterminante sur l’issue du principal», selon le sens attribué à cette expression par le juge MacGuigan dans l’arrêt *Aqua-Gem Investments Ltd.* Par conséquent, la Cour saisie de l’appel devait exercer son pouvoir discrétionnaire en reprenant l’affaire depuis le début pour décider si l’avis de requête du demandeur était «manifestement irrégulier au point de n’avoir aucune chance d’être accueilli».

3) L’avocate du ministre a allégué que le législateur voulait que la compétence à l’égard des affaires d’extradition soit conférée aux cours supérieures des provinces et, à l’appui de cet argument, elle a fait référence à la décision de la Section de première instance dans *Garcia c. Canada (Ministre de la Justice)*. Cette décision se distingue toutefois de la présente affaire quant aux faits et aussi parce qu’elle est fondée sur une version antérieure de la *Loi sur l’extradition*. Comme l’a mentionné le juge Décary, J.C.A. s’exprimant au nom de la Cour, dans *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)*, lorsque le Parlement a modifié, en 1990, l’alinéa 18(1)a) de la *Loi sur la Cour fédérale* de manière à permettre le contrôle judiciaire des décisions prises dans l’exercice d’une prerogative royale, il révélait son intention de faire en sorte que bien peu de chose soit à l’abri du contrôle judiciaire. Dans *Fast c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, une affaire de révocation de la citoyenneté, le juge Lemieux n’était pas convaincu que le ministre, lorsqu’il a donné l’avis, n’exerçait pas un pouvoir prévu par une loi au sens de l’article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Il a estimé que l’arrêt *Complexe Cousineau* était pertinent.

Les juges ayant compétence sous le régime de la *Loi sur l’extradition* ont clairement laissé entendre qu’ils n’étaient pas compétents pour ce qui est du contrôle judiciaire de l’exercice du pouvoir du ministre de délivrer un arrêté introductif d’instance. Dans *Federal Republic of Germany c. Schreiber*, le juge Watt a expliqué que «le ministre de la Justice est le gardien des intérêts dans la souveraineté canadienne» et que sa décision, «bien que de nature politique, touche à des questions de droit étranger qui se situent au-delà de l’autorité du juge président à l’audition de la demande d’extradition». Il a plus précisément indiqué, dans une observation faite dans le cadre de la même affaire, que sa compétence ne l’autorisait pas à examiner la validité de l’arrêté introductif d’instance.

Tel qu’il a été mentionné précédemment, la compétence de notre Cour pour ce qui est du contrôle judiciaire d’un arrêté d’extradition est expressément exclue par le paragraphe 57(1), mais, et il s’agit d’une différence significative, la Loi demeure silencieuse quant au contrôle judiciaire d’une décision du

(4) The Minister's arguments, that this Court ought not to exercise any jurisdiction it may have in view of the availability of an alternative remedy and as it would be incompatible with the statutory scheme and the expeditious discharge of Canada's international obligations, could be better dealt with at the hearing of the judicial review application than upon a motion to strike.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, ss. 2 "extradition partner", 15, 16(1), 18(1), 29, 38, 40, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 57(1).

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2(1) "federal board, commission or other tribunal" (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18(1) (as am. *idem*, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5).

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 384.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd., [1993] 2 F.C. 425; [1993] 1 C.T.C. 186; (1993), 93 DTC 5080; 149 N.R. 273 (C.A.); *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588; (1994), 58 C.P.R. (3d) 209; 176 N.R. 48 (C.A.); *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [1995] 2 F.C. 694; (1995), 125 D.L.R. (4th) 559; 184 N.R. 260 (C.A.).

APPLIED:

Fast v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2001] 1 F.C. 257; (2000), 24 Admin. L.R. (3d) 74; 186 F.T.R. 16; 7 Imm. L.R. (3d) 40 (T.D.).

DISTINGUISHED:

Garcia v. Canada (Minister of Justice) (1997), 129 F.T.R. 174 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

Federal Republic of Germany v. Schreiber, [2000] O.J. No. 2618 (S.C.J.) (QL).

ministre de prendre un arrêté introductif d'instance. Par conséquent, le Parlement a choisi de ne pas exclure la compétence de la Cour dans ce cas.

4) L'argument du ministre selon lequel la Cour ne devrait pas exercer la compétence qu'elle pourrait avoir, parce qu'il existe un autre recours possible et que cet exercice serait incompatible avec le régime législatif et la prompte exécution des obligations internationales du Canada en matière d'extradition, devrait être examiné dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire plutôt que dans le cadre d'une requête en radiation.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2(1) «office fédéral» (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18(1) (mod., *idem*, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5).

Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 2 «partenaire», 15, 16(1), 18(1), 29, 38, 40, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 57(1).

Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 384.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd., [1993] 2 C.F. 425; [1993] 1 C.T.C. 186; (1993), 93 DTC 5080; 149 N.R. 273 (C.A.); *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588; (1994), 58 C.P.R. (3d) 209; 176 N.R. 48 (C.A.); *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)*, [1995] 2 C.F. 694; (1995), 125 D.L.R. (4th) 559; 184 N.R. 260 (C.A.).

DÉCISION APPLIQUÉE:

Fast c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2001] 1 C.F. 257; (2000), 24 Admin. L.R. (3d) 74; 186 F.T.R. 16; 7 Imm. L.R. (3d) 40 (1^{re} inst.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Garcia c. Canada (Ministre de la Justice) (1997), 129 F.T.R. 174 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Federal Republic of Germany v. Schreiber, [2000] O.J. n° 2618 (C.S.J.) (QL).

REFERRED TO:

United States of America v. Dynar, [1997] 2 S.C.R. 462; (1997), 33 O.R. (3d) 478; 147 D.L.R. (4th) 399; 115 C.C.C. (3d) 481; 8 C.R. (5th) 79; 44 C.R.R. (2d) 189; 213 N.R. 321; 101 O.A.C. 321.

APPEAL by way of motion from the order of a prothonotary ([2002] 4 F.C. 345), striking an application for judicial review of an authority to proceed, issued by the Minister of Justice under *Extradition Act*, section 15. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Lorne Waldman and *David B. Cousins* for applicant.
Dale L. Yurka and *Sean Grandet* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Jackman, Waldman & Associates, Toronto, and *David B. Cousins*, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

GIBSON J.:

INTRODUCTION

[1] These reasons arise out of an appeal by way of motion from an order of Prothonotary Roger Lafrenière, dated April 2, 2002 [[2002] 4 F.C. 345], whereby he struck the applicant's (Mr. Froom's) application for judicial review of a decision of the Minister of Justice (the Minister), entitled "authority to proceed" made under section 15 of the *Extradition Act*.¹ In his application for judicial review, Mr. Froom set out 18 grounds as the basis for the application.

[2] In his appeal by way of motion, Mr. Froom seeks the following reliefs:

1. an order setting aside the order made on April 2, 2002 by Roger Lafrenière, Esq., Prothonotary, wherein he dismissed the applicant's judicial review application issued on November 13, 2001;

DÉCISION CITÉE:

États-Unis d'Amérique c. Dynar, [1997] 2 R.C.S. 462; (1997), 33 O.R. (3d) 478; 147 D.L.R. (4th) 399; 115 C.C.C. (3d) 481; 8 C.R. (5th) 79; 44 C.R.R. (2d) 189; 213 N.R. 321; 101 O.A.C. 321.

APPEL par voie de requête d'une ordonnance ([2002] 4 C.F. 345) par laquelle un protonotaire a radié une demande de contrôle judiciaire d'un arrêté introductif d'instance délivré par le ministre de la Justice en vertu de l'article 15 de la *Loi sur l'extradition*. Appel accueilli.

ONT COMPARU:

Lorne Waldman et *David B. Cousins* pour le demandeur.
Dale L. Yurka et *Sean Grandet* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Jackman, Waldman & Associates, Toronto, et *David B. Cousins*, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

LE JUGE GIBSON:

INTRODUCTION

[1] Les présents motifs s'inscrivent dans le cadre d'un appel interjeté par voie de requête à l'encontre d'une ordonnance rendue le 2 avril 2002 [[2002] 4 C.F. 345], par laquelle le protonotaire Roger Lafrenière a radié la demande de contrôle judiciaire du demandeur (M. Froom) à l'égard d'une décision du ministre de la Justice (le ministre) relative à un arrêté introductif d'instance pris en vertu de l'article 15 de la *Loi sur l'extradition*¹. M. Froom a invoqué 18 moyens à l'appui de sa demande de contrôle judiciaire.

[2] Dans le présent appel par voie de requête, M. Froom demande les réparations suivantes:

1. une ordonnance annulant la décision par laquelle le protonotaire Roger Lafrenière a rejeté, en date du 2 avril 2002, la demande de contrôle judiciaire du demandeur déposée le 13 novembre 2001;

2. an order directing that the applicant's application for judicial review otherwise proceed in accordance with the Rules of the Federal Court;
3. an award of the costs of this motion together with an award of costs for the hearing on April 2, 2002 before the said prothonotary; an[d]
4. such further and other order as the Court deems appropriate.

BACKGROUND

[3] The Minister's motion that was before Prothonotary Lafrenière sought, in addition to the relief granted by the learned Prothonotary, judgment dismissing Mr. Froom's judicial review application, and costs. As alternative relief, the Minister sought an order striking out certain paragraphs from Mr. Froom's application for judicial review and Mr. Froom's affidavit in support, as well as leave to file the Minister's affidavit material beyond the time limits set out in the *Federal Court Rules, 1998*,² and an order that the application proceed as a specially managed proceeding pursuant to rule 384. With regard to the alternative relief sought, Prothonotary Lafrenière wrote at paragraph 3 of his reasons:

The parties agreed at the hearing of the motion that it would be more efficient to await disposition of the Minister's request to strike out the application before dealing with the alternative relief. Submissions of counsel were therefore confined to the question as to whether the notice of application ought to be struck in its entirety. The balance of the relief requested by the Minister was adjourned pending a determination of this question.

The Minister's request for alternative relief remains outstanding.

[4] By reason of the Minister's authority to proceed, Mr. Froom was arrested on September 11, 2001 following an *ex parte* application by the Attorney General of Canada before the Superior Court of Justice of Ontario. He was subsequently released on a recognizance requiring a cash deposit of \$25,000.00 and a surety for the amount of \$20,000. Thus, although Mr. Froom remains at liberty, he was, by reason of the Minister's authority to proceed, for a time deprived of his liberty and the liberty that he now enjoys is conditional.

2. une ordonnance enjoignant qu'il soit par ailleurs procédé au contrôle judiciaire de la décision conformément aux Règles de la Cour fédérale;
3. l'adjudication des dépens relatifs à la présente requête et de ceux relatifs à l'audience tenue le 2 avril 2002, devant le protonotaire;
4. toute autre ordonnance que la Cour jugera indiquée.

CONTEXTE

[3] La requête présentée au protonotaire Lafrenière par le ministre demandait, outre la réparation accordée par le protonotaire, un jugement rejetant la demande de contrôle judiciaire de M. Froom et l'adjudication des dépens. À titre subsidiaire, le ministre a sollicité une ordonnance visant à radier certains paragraphes de la demande de contrôle judiciaire de M. Froom et son affidavit à l'appui, en plus d'une autorisation de déposer des affidavits après le délai prescrit dans les *Règles de la Cour fédérale (1998)*² et d'une ordonnance visant à gérer la demande à titre d'instance à gestion spéciale conformément à la règle 384. En ce qui a trait aux réparations subsidiaires, le protonotaire Lafrenière a écrit ce qui suit au paragraphe 3 de ses motifs:

Les parties ont convenu à l'audience qu'il serait plus efficace d'attendre qu'il soit statué sur la demande du ministre de radier la demande principale, avant d'examiner le recours subsidiaire. Les observations des avocats ont donc été limitées à la question de savoir si l'avis de demande devait être radié en entier. Les autres mesures sollicitées par le ministre ont été reportées jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur cette question.

La demande du ministre pour les réparations subsidiaires demeure en suspens.

[4] En raison de l'arrêté introductif d'instance, M. Froom a été arrêté le 11 septembre 2001 à la suite d'une requête *ex parte* présentée par le procureur général du Canada devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario. Il a ensuite été libéré après avoir souscrit un engagement de fournir un dépôt en espèces de 25 000 \$ et une caution de 20 000 \$. Par conséquent, bien que M. Froom demeure en liberté, il a été, en raison de l'arrêté introductif d'instance pris par le ministre, privé de celle-ci pendant un certain temps et la liberté dont il jouit à l'heure actuelle est conditionnelle.

[5] Prothonotary Lafrenière provided brief but cogent reasons for his decision that is here under appeal. He concluded in the following terms [at paragraphs 28-29]:

Parliament clearly intended that extradition proceedings be dealt with by the provincial superior courts expeditiously in order for Canada to ensure it promptly meets its international obligations. I am satisfied that the extradition procedure contemplated by the *Extradition Act* is not only an adequate alternative forum to deal with the issues raised by Froom in his notice of application, but the only one available to him.

For the reasons above, I conclude that the application for judicial review could not possibly succeed and must therefore be struck.

THE STATUTORY SCHEME OF THE *EXTRADITION ACT*

[6] Prothonotary Lafrenière, in his reasons for the decision under appeal, describes the process for extradition of an individual from Canada as having two distinct phases, a judicial phase and a ministerial phase. Before me, counsel were in agreement that there are three phases to the process, all comprised within the two phases that Prothonotary Lafrenière describes. For my own part, I am satisfied that there are four distinct phases to the process of extradition from Canada.

[7] The first phase consists of the submission to the Minister of a request for extradition emanating from an extradition partner,³ that is to say:

2. . . .

. . . a State or entity with which Canada is party to an extradition agreement, with which Canada has entered into a specific agreement or whose name appears in the schedule [to the *Extradition Act*].

[8] The second phase consists of an examination by the Minister of the extradition request resulting in satisfaction on his or her part that conditions specified in the *Extradition Act* are or are not met. On the facts of this matter, the Minister, apparently by her delegate, concluded that the relevant conditions were in fact met. In the authority to proceed document, the Minister

[5] Le protonotaire Lafrenière a fourni des motifs brefs mais convaincants à l'appui de sa décision qui fait l'objet du présent appel et il a conclu en ces termes [aux paragraphes 28 et 29]:

Le législateur a manifestement voulu que les cours supérieures provinciales règlent rapidement les procédures d'extradition afin que le Canada s'acquitte promptement de ses obligations internationales. Je suis convaincu que la procédure d'extradition envisagée dans la *Loi sur l'extradition* constitue non seulement un cadre subsidiaire approprié pour l'examen des questions soulevées par Froom dans son avis de demande, mais la seule à sa disposition.

Pour les motifs indiqués précédemment, je conclus que la demande de contrôle judiciaire n'a aucune chance d'être accueillie et doit donc être radiée.

LE RÉGIME DE LA *LOI SUR L'EXTRADITION*

[6] Le protonotaire Lafrenière, dans les motifs de la décision portée en appel, décrit le processus d'extradition d'une personne du Canada selon deux phases distinctes—la phase judiciaire et la phase ministérielle. Devant la Cour, les avocats étaient d'accord pour dire que le processus comportait en fait trois phases, toutes les trois englobées dans le processus à deux phases décrit par le protonotaire Lafrenière. Pour ma part, j'estime que le processus d'extradition du Canada se divise en quatre phases distinctes.

[7] La première phase consiste en la présentation au ministre d'une demande d'extradition émanant d'un partenaire³, à savoir:

2. [. . .]

[. . .] État ou entité qui est soit partie à un accord d'extradition, soit signataire d'un accord spécifique avec le Canada ou dont le nom figure à l'annexe [de la *Loi sur l'extradition*].

[8] La deuxième phase est celle où le ministre examine la demande d'extradition pour décider s'il est convaincu que les conditions prévues par la Loi sont ou ne sont pas réunies. Suivant les faits de la présente affaire, le ministre, apparemment par l'intermédiaire de son représentant, a conclu que les conditions pertinentes étaient effectivement satisfaites. Dans le document de

provides the authority to proceed, and expresses her satisfaction that the relevant conditions have been met in the following terms:

The Minister of Justice authorizes the Attorney General of Canada to proceed before the Superior Court of Justice [of Ontario] to seek an order for the committal of Arthur Kissel aka Arthur Froom who is being sought for prosecution by the UNITED STATES OF AMERICA. The Canadian offences which corresponds [*sic*] to the alleged conduct are:

- conspiracy to commit fraud contrary to sections 380(1) and 465(1)(c) of the *Criminal Code of Canada*;
- fraud contrary to section 380(1) of the *Criminal Code of Canada*;
- conspiracy to launder the proceeds of crime contrary to sections 462.31 and 465(1)(c) of the *Criminal Code of Canada*; and
- laundering the proceeds of crime contrary to section 462.31 of the *Criminal Code of Canada*.⁴

[9] As earlier noted in these reasons, and pursuant to subsection 16(1) of the *Extradition Act*, the Attorney General of Canada sought and obtained, a warrant for the arrest of Mr. Froom. The warrant was executed, Mr. Froom was incarcerated and subsequently released on conditions as provided for in subsection 18(1) of the Act.

[10] The third phase of the extradition process is an extradition hearing before a judge of the appropriate provincial superior court, on the facts of this matter, according to the reasons of Prothonary Lafrenière, the Superior Court of Justice of Ontario. While that process has been instituted against Mr. Froom, perhaps by reason of the proceedings in this Court, it has not been carried through to completion which would be represented by, if Mr. Froom were found to be extraditable, an order of committal to await surrender issued pursuant to section 29 of the *Extradition Act*. If an order of committal to await surrender were issued against Mr. Froom, the judge making the order would report to the Minister pursuant to section 38 of that Act.

l'arrêté introductif d'instance, le ministre prescrit l'arrêté et précise qu'il est convaincu que les conditions pertinentes sont satisfaites dans les termes suivants:

Le ministre de la Justice autorise le procureur général du Canada à demander à la Cour supérieure de justice [de l'Ontario] la délivrance d'une ordonnance pour l'incarcération d'Arthur Kissel, alias Arthur Froom, recherché par les ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE pour subir son procès. Les infractions punissables au Canada qui correspondent à la conduite alléguée sont les suivantes:

- complot en vue de commettre une fraude, contrairement au paragraphe 380(1) et à l'alinéa 465(1)c) du *Code criminel du Canada*;
- fraude, contrairement au paragraphe 380(1) du *Code criminel du Canada*;
- complot en vue de recycler les produits de la criminalité, contrairement à l'article 462.31 et à l'alinéa 465(1)c) du *Code criminel du Canada*;
- recyclage des produits de la criminalité, contrairement à l'article 462.31 du *Code criminel du Canada*.⁴

[9] Tel qu'il a été mentionné précédemment, et conformément au paragraphe 16(1) de la *Loi sur l'extradition*, le procureur général du Canada a demandé et obtenu la délivrance d'un mandat pour l'arrestation de M. Froom. Le mandat a été exécuté, M. Froom a été incarcéré puis libéré sous condition, conformément au paragraphe 18(1) de la Loi.

[10] La troisième phase du processus d'extradition est celle de l'audition de la cause devant un juge de la cour supérieure provinciale compétente, à savoir, en l'espèce, comme le mentionne le protonotaire Lafrenière dans ses motifs, la Cour supérieure de justice de l'Ontario. Même si ce processus a été entrepris à l'endroit de M. Froom, il n'a pas abouti, peut-être en raison de la procédure devant la Cour, sinon il en serait résulté, s'il avait été établi que M. Froom était passible d'extradition, une ordonnance d'incarcération jusqu'à sa remise, en l'application de l'article 29 de la Loi. Si cette ordonnance était rendue contre M. Froom, le juge qui rend l'ordonnance ferait rapport au ministre conformément à l'article 38 de la Loi.

[11] Pursuant to section 49 of the *Extradition Act*, an appeal lies to the appropriate court of appeal from an order of committal.

[12] The fourth phase follows. Section 40 of the *Extradition Act* provides authority to the Minister, personally, to order surrender to the authority seeking extradition of a person committed to await surrender. Prior to any such order being made by the Minister, the person who might be the subject of the order is entitled to make submissions to the Minister “in respect of any ground that would be relevant to the Minister in making a decision in respect of the surrender of the person”⁵.

[13] Sections 44 to 46 of the *Extradition Act* set out circumstances in which the Minister is obliged to refuse to make a surrender order. Section 47 of the Act sets out circumstances where the Minister may refuse to make a surrender order. Section 48 of the Act requires the Minister to order the discharge of the appropriate person where the Minister decides not to make a surrender order in relation to him or her.

[14] Subsection 57(1) of the *Extradition Act* is particularly pertinent for the purposes of these reasons. That subsection reads as follows:

57. (1) Despite the *Federal Court Act*, the court of appeal of the province in which the committal of the person was ordered has exclusive original jurisdiction to hear and determine applications for judicial review under this Act, made in respect of the decision of the Minister under section 40.

[15] It is to be noted that subsection 57(1) of the *Extradition Act* ousts the jurisdiction of this Court to judicially review a decision of the Minister under section 40 of the Act and vests that jurisdiction in the court of appeal of the appropriate province. No equivalent ousting of the jurisdiction of this Court, if there be such jurisdiction, is reflected in the Act in relation to a decision by the Minister to issue an authority to proceed under subsection 15(1) of the Act. A defect or defects in the authority-to-proceed process is not among the circumstances set out in sections 42 to 47 of the Act under which the Minister is obliged to, or has a discretion to, refuse to make a surrender order.

[11] En vertu de l'article 49 de la *Loi sur l'extradition*, il est interjeté appel de l'ordonnance d'incarcération devant la cour d'appel compétente.

[12] Vient ensuite la quatrième phase. L'article 40 de la *Loi sur l'extradition* confère au ministre le pouvoir d'ordonner, par un arrêté signé de sa main, la remise aux autorités qui demandent l'extradition d'une personne incarcérée jusqu'à sa remise. Avant la prise de l'arrêté d'extradition par le ministre, la personne susceptible d'être visée par celui-ci peut présenter ses observations au ministre «sur toute question touchant son extradition éventuelle vers le partenaire»⁵.

[13] Les articles 44 à 46 de la *Loi sur l'extradition* énoncent les situations où le ministre doit refuser d'ordonner l'extradition, tandis que l'article 47 énonce celles où le ministre peut refuser de l'ordonner. L'article 48 de la Loi exige que le ministre ordonne la libération de la personne intéressée s'il décide de ne pas prendre d'arrêté d'extradition à son endroit.

[14] Le paragraphe 57(1) de la *Loi sur l'extradition* est particulièrement pertinent quant aux présents motifs. Il est rédigé comme suit:

57. (1) Malgré la *Loi sur la Cour fédérale*, la cour d'appel de la province où l'incarcération a été ordonnée a compétence exclusive pour connaître, conformément au présent article, de la demande de révision judiciaire de l'arrêté d'extradition pris au titre de l'article 40.

[15] Il importe de noter que le paragraphe 57(1) de la Loi exclut la compétence de notre Cour pour ce qui est du contrôle judiciaire d'un arrêté d'extradition pris en vertu de l'article 40 de la Loi et confère cette compétence à la cour d'appel de la province intéressée. La Loi n'exclut pas de manière équivalente la compétence de notre Cour, dans la mesure où il y a compétence, relativement à une décision du ministre de prendre un arrêté introductif d'instance en vertu du paragraphe 15(1) de la Loi. Un processus de prise d'arrêté introductif d'instance entaché d'une ou de plusieurs irrégularités ne fait pas partie des situations visées aux articles 42 à 47 de la Loi, en vertu desquels le ministre doit ou peut refuser de prendre un arrêté d'extradition.

THE ISSUES

[16] Four issues were identified on this appeal by way of motion. They are the following:

- (1) the jurisdiction of a prothonotary to strike Mr. Froom's application for judicial review;
- (2) if Prothonotary Lafrenière had jurisdiction to strike, the standard of review on this appeal;
- (3) the jurisdiction of this Court to judicially review an authority to proceed issued under the *Extradition Act*; and
- (4) if this Court has the jurisdiction to judicially review an authority to proceed, whether this Court should exercise that jurisdiction on the facts of this matter.

ANALYSIS

(1) The jurisdiction of a prothonotary to strike an authority to proceed

[17] The jurisdiction of a prothonotary to hear and dispose of motions under the *Federal Court Rules, 1998*⁶ derives from subsection 50(1). The relevant portions of that rule for the purpose of this matter read as follows:

50. (1) A prothonotary may hear, and make any necessary orders relating to, any motion under these Rules other than a motion

...

(f) relating to the liberty of a person;

[18] As earlier indicated in these reasons, by virtue of the authority to proceed issued against him by the Minister, the Attorney General of Canada applied to the appropriate court and obtained an arrest warrant in respect of Mr. Froom, that arrest warrant was executed, Mr. Froom was incarcerated and later released on conditions. Thus, arguably at least, the motion to strike that was here before Prothonotary Lafrenière could be

LES QUESTIONS EN LITIGE

[16] Le présent appel par voie de requête soulève quatre questions:

- 1) Le protonotaire avait-il compétence pour radier la demande de contrôle judiciaire de M. Froom?
- 2) Si le protonotaire Lafrenière avait compétence, quelle est la norme de contrôle applicable dans le présent appel?
- 3) La Cour a-t-elle compétence pour entendre la demande de contrôle judiciaire d'un arrêté introductif d'instance pris en vertu de la *Loi sur l'extradition*?
- 4) Si la Cour a compétence pour entendre la demande de contrôle judiciaire d'un arrêté introductif d'instance, doit-elle exercer cette compétence au vu des faits de la présente affaire?

ANALYSE

1) Un protonotaire a-t-il compétence pour radier un arrêté introductif d'instance?

[17] La compétence d'un protonotaire pour entendre et trancher des requêtes présentées en vertu des *Règles de la Cour fédérale (1998)*⁶ découle du paragraphe 50(1). Les parties pertinentes du paragraphe qui sont applicables en l'espèce sont rédigées comme suit:

50. (1) Le protonotaire peut entendre toute requête présentée en vertu des présentes règles—à l'exception des requêtes suivantes—et rendre les ordonnances nécessaires s'y rapportant:

[...]

f) une requête concernant la mise en liberté ou l'incarcération d'une personne;

[18] Tel qu'il a été mentionné précédemment, en vertu d'un arrêté introductif d'instance pris contre lui par le ministre, le procureur général du Canada s'est adressé au tribunal compétent pour obtenir un mandat d'arrestation à l'endroit de M. Froom. Ce mandat a été exécuté et M. Froom a été incarcéré puis libéré sur parole. Par conséquent, il est à tout le moins possible de soutenir que la requête en radiation présentée au protonotaire

said to relate to the liberty of Mr. Froom or to be “*une requête concernant la mise en liberté ou l’incarcération [of Mr. Froom]*”. By his application for judicial review, Mr. Froom seeks to strike the authority under which he was incarcerated and under which he now remains conditionally at large. The impact of the motion to strike, if successful, and it was successful before Prothonotary Lafrenière, would be to extinguish Mr. Froom’s challenge to the authority under which his liberty was, and continues to be, in jeopardy.

[19] Counsel for the Minister urged before me that the relationship between the motion to strike and Mr. Froom’s liberty interest is simply too remote to oust the jurisdiction of a prothonotary by virtue of paragraph 50(1)(f) in either its English or French version.

[20] Unfortunately, this issue was apparently not raised before Prothonotary Lafrenière and therefore was not addressed by him in reaching the decision that is here under appeal. For that reason, and in light of my conclusions to follow, I will not address this issue further and will not attempt to decide it definitively, notwithstanding that I have grave doubt that the Prothonotary had jurisdiction to deal with the motion to strike that was before him.

(2) Standard of review

[21] In *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*,⁷ Justice MacGuigan wrote at pages 462-463:

I also agree with the Chief Justice [who dissented in part] in part as to the standard of review to be applied by a motions judge to a discretionary decision of a prothonotary. Following in particular Lord Wright in *Evans v. Bartlam*, [1937] A.C. 473 . . ., and Lacourcière J.A. in *Stoicovski v. Casement* (1983), 43 O.R. (2d) 436 . . ., discretionary orders of prothonotaries ought not to be disturbed on appeal to a judge unless:

(a) they are clearly wrong, in the sense that the exercise of discretion by the prothonotary was based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts, or

Lafrenière est «une requête concernant la mise en liberté ou l’incarcération [de M. Froom]». Par sa demande de contrôle judiciaire, M. Froom cherche à faire annuler l’arrêté en vertu duquel il a été incarcéré et en vertu duquel il demeure maintenant en liberté conditionnelle. La requête en radiation, si elle est accueillie, et elle a par ailleurs été accueillie par le protonotaire Lafrenière, aurait pour effet d’éteindre la contestation de M. Froom à l’égard de l’arrêté en vertu duquel sa liberté a été compromise et continue de l’être.

[19] Les avocats du ministre allèguent que le lien entre la requête en radiation et le droit à la liberté de M. Froom est tout simplement trop distant pour exclure la compétence d’un protonotaire en vertu de l’alinéa 50(1)f) des Règles, tant dans sa version anglaise que dans sa version française.

[20] Malheureusement, cette question n’a apparemment pas été soulevée devant le protonotaire Lafrenière et n’a donc pas été tranchée dans la décision faisant l’objet du présent appel. Pour ce motif et à la lumière de mes conclusions, je ne discuterai pas davantage de cette question et je n’essaierai pas de la trancher de manière définitive, en dépit du fait que je doute sérieusement que le protonotaire ait eu compétence pour décider de la requête en radiation dont il a été saisi.

2) Quelle est la norme de contrôle applicable?

[21] Dans la décision *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*⁷, M. le juge MacGuigan a écrit ce qui suit aux pages 462 et 463:

Je souscris aussi en partie à l’avis du juge en chef [dissident en partie] au sujet de la norme de révision à appliquer par le juge des requêtes à l’égard des décisions discrétionnaires de protonotaire. Selon en particulier la conclusion tirée par lord Wright dans *Evans v. Bartlam*, [1937] A.C. 473 [...], et par le juge Lacourcière, J.C.A., dans *Stoicovski v. Casement* (1983), 43 O.R. (2d) 436 [...], le juge saisi de l’appel contre l’ordonnance discrétionnaire d’un protonotaire ne doit pas intervenir sauf dans les deux cas suivants:

a) l’ordonnance est entachée d’erreur flagrante, en ce sens que le protonotaire a exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu d’un mauvais principe ou d’une mauvaise appréciation des faits,

(b) they raise questions vital to the final issue of the case.

Where such discretionary orders are clearly wrong in that the prothonotary has fallen into error of law (a concept in which I include a discretion based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts), or where they raise questions vital to the final issue of the case, a judge ought to exercise his own discretion *de novo*. [Citations omitted; emphasis added.]

In a footnote, Justice MacGuigan added the following commentary with regard to the concept “the final issue of the case”. The note reads in part as follows:

It should be noted that Lord Wright’s phrase “the final issue of the case” is quite different from “the final issue in the case.” Lord Wright means “vital to the result of the case” rather than “vital to the ultimate issue on the merits of the case.” [Emphasis in the original.]

It was not in dispute before me that the decision of Prothonotary Lafrenière here under appeal raises a question or questions vital to the final issue of the case within the meaning attributed to that expression by Lord Wright and by Justice MacGuigan. In the circumstances then, it was equally not in dispute before me that I ought to exercise my own discretion *de novo* in considering the issues that were before Prothonotary Lafrenière.

[22] I am further guided by the words of Justice Strayer in *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*,⁸ where he wrote at pages 596-597:

. . . the direct and proper way to contest an originating notice of motion which the respondent thinks to be without merit is to appear and argue at the hearing of the motion itself. This case well illustrates the waste of resources and time in adding on to what is supposed to be a summary judicial review proceeding the process of an interlocutory motion to strike. This motion to strike has involved a hearing before a trial judge and over one half day before the Court of Appeal, the latter involving the filing of several hundred pages of material,

b) l’ordonnance porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l’issue du principal.

Si l’ordonnance discrétionnaire est manifestement erronée parce que le protonotaire a commis une erreur de droit (concept qui, à mon avis, embrasse aussi la décision discrétionnaire fondée sur un mauvais principe ou sur une mauvaise appréciation des faits) ou si elle porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l’issue du principal, le juge saisi du recours doit exercer son propre pouvoir discrétionnaire en reprenant l’affaire depuis le début. [Citations omises; non souligné dans l’original.]

Dans un renvoi en bas de page, le juge MacGuigan a fait la remarque suivante concernant le concept «*the final issue of the case*» ou «influence déterminante sur l’issue du principal»:

Il y a lieu de noter que la formulation employée par lord Wright, «*the final issue of the case*», n’a pas du tout le même sens que «*the final issue in the case*». Il a voulu dire par là «influence déterminante sur l’issue du principal» et non «influence déterminante sur le litige principal selon le mérite de la cause». [Italiques dans l’original.]

Il n’a pas été contesté devant la Cour que la décision du protonotaire Lafrenière faisant l’objet du présent appel soulève une ou plusieurs questions ayant une influence déterminante sur l’issue du principal, selon le sens attribué à cette expression par lord Wright et le juge MacGuigan. Dans les circonstances alors, il n’a pas non plus été contesté que je dois exercer mon propre pouvoir discrétionnaire en reprenant l’affaire depuis le début pour examiner les questions soulevées devant le protonotaire Lafrenière.

[22] Je suis également guidé par les propos de M. le juge Strayer dans *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*,⁸ qui a écrit ce qui suit à la page 597:

[. . .] le moyen direct et approprié par lequel la partie intimée devrait contester un avis de requête introductive d’instance qu’elle estime sans fondement consiste à comparaître et à faire valoir ses prétentions à l’audition de la requête même. La présente cause illustre bien le gaspillage de ressources et de temps qu’entraîne l’examen additionnel d’une requête interlocutoire en radiation dans le cadre d’une procédure de contrôle judiciaire qui devrait être sommaire. La présente requête en radiation a donné lieu, inutilement, à une audience

all to no avail.

At page 600, Justice Strayer continued:

This is not to say that there is no jurisdiction in this Court either inherent or through Rule 5 [now Rule 4] by analogy to other rules, to dismiss in summary manner a notice of motion which is so clearly improper as to be bereft of any possibility of success. Such cases must be very exceptional and cannot include cases such as the present where there is simply a debatable issue as to the adequacy of the allegations in the notice of motion. [Emphasis added.]

While there is here an issue of statutory interpretation and the intention of Parliament, in addition to an issue as to the adequacy of the allegations in Mr. Froom's notice of motion, I am satisfied that the only question before me remains whether or not Mr. Froom's notice of motion is "so clearly improper as to be bereft of any possibility of success."

(3) This Court's jurisdiction to judicially review an authority to proceed issued by the Minister under the *Extradition Act*

[23] Counsel for the Minister urged that this question must be addressed by reference to the scheme of the *Extradition Act* and the intent of Parliament. She urged that it is apparent both from the record of the debates in Parliament when the *Extradition Act* was being considered and from the statutory scheme itself, as well as from relevant judicial pronouncements, that the following are essential features of the extradition process:

- first, extradition proceedings are intended to be dealt with expeditiously by the appropriate court in order to ensure prompt compliance with Canada's international obligations;⁹

- secondly, while the extradition process is intended to be expedient, it contains procedural safeguards that permit persons sought for extradition a fair hearing; and

devant le juge de première instance et à plus d'une demi-journée devant la Cour d'appel, ainsi qu'au dépôt, devant cette dernière, de plusieurs centaines de pages de documents.

À la page 600, le juge Strayer poursuit en disant ceci:

Nous n'affirmons pas que la Cour n'a aucune compétence, soit de façon inhérente, soit par analogie avec d'autres règles en vertu de la Règle 5 [maintenant la Règle 4], pour rejeter sommairement un avis de requête qui est manifestement irrégulier au point de n'avoir aucune chance d'être accueilli. Ces cas doivent demeurer très exceptionnels et ne peuvent inclure des situations comme celle dont nous sommes saisis, où la seule question en litige porte simplement sur la pertinence des allégations de l'avis de requête. [Non souligné dans l'original.]

Même si la présente affaire soulève la question de l'interprétation des lois et de l'intention du législateur, en plus de celle portant sur la pertinence des allégations contenues dans l'avis de requête de M. Froom, je suis convaincu que la seule question à trancher demeure de savoir si l'avis de requête de M. Froom est «manifestement irrégulier au point de n'avoir aucune chance d'être accueilli».

3) La Cour a-t-elle compétence pour entendre la demande de contrôle judiciaire d'un arrêté introductif d'instance pris par le ministre en vertu de la *Loi sur l'extradition*?

[23] L'avocate du ministre a insisté sur le fait que cette question doit être tranchée en se référant au régime de la *Loi sur l'extradition* et à l'intention du législateur. Elle a allégué qu'il ressort clairement du dossier des débats du Parlement avant l'adoption de la Loi et du régime de la Loi elle-même, ainsi que de la jurisprudence pertinente, que le processus d'extradition se caractérise essentiellement par ce qui suit:

- Premièrement, les procédures d'extradition doivent être réglées rapidement par le tribunal compétent afin de garantir l'exécution rapide des obligations internationales du Canada⁹.

- Deuxièmement, même si le processus d'extradition est conçu pour être expéditif, il comporte des garanties procédurales qui permettent aux personnes recherchées pour extradition d'avoir droit à un procès équitable.

- thirdly, jurisdiction with respect to extradition matters is, by the *Extradition Act*, vested in provincial superior courts, not the Federal Court of Canada.

For the last of the three propositions, counsel cited *Garcia v. Canada (Minister of Justice)*.¹⁰ While that decision of Justice Teitelbaum clearly stands for the proposition for which it is cited, I am satisfied that it is distinguishable on its facts from this matter and on the basis that it was a decision under the predecessor to the current *Extradition Act*.

[24] Subsection 18(1) of the *Federal Court Act*¹¹ vests in the Trial Division of this Court “exclusive original jurisdiction” to grant a broad range of reliefs against “federal board[s], commission[s] or other tribunal[s]” as that phrase is defined in subsection 2(1) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1] of that Act. By section 18.1 [as enacted *idem*, s. 5] of that Act, such reliefs may be obtained on an application for judicial review made by the Attorney General of Canada or by “anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought”.

[25] In *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*,¹² Justice Décarý, for the Court, wrote at pages 701-702:

When it amended paragraph 18(1)(a) of the *Federal Court Act* in 1990 to henceforward permit judicial review of decisions made in the exercise of a royal prerogative, Parliament unquestionably made a considerable concession to the judicial power and inflicted a significant setback on the Crown as the executive power, if one may characterize making the government still further subject to the judiciary as a setback. What appears from this important amendment is that Parliament did not simply make the “federal government” in the traditional sense subject to the judiciary, but intended that henceforth very little would be beyond the scope of judicial review. That being so, I must say I have some difficulty giving to s. 18(1)(a) an interpretation which places Ministers beyond the scope of review when they exercise the most everyday administrative powers of the Crown, though these are also codified by legislation and regulation.

- Troisièmement, la compétence à l'égard des affaires d'extradition est conférée, en vertu de la *Loi sur l'extradition*, aux cours supérieures des provinces, et non à la Cour fédérale du Canada.

À l'appui de la troisième et dernière proposition, l'avocate a cité la décision *Garcia c. Canada (Ministre de la Justice)*¹⁰. Même s'il est évident que cette décision rendue par le juge Teitelbaum soutient la proposition pour laquelle elle a été citée, je suis convaincu qu'elle se distingue de la présente affaire quant aux faits et aussi parce qu'elle est fondée sur une version antérieure de la *Loi sur l'extradition*.

[24] Le paragraphe 18(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*¹¹ confère à la Section de première instance la «compétence exclusive» pour accorder un grand nombre de réparations contre un «office fédéral», suivant la définition donnée à ce terme au paragraphe 2(1) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1] de cette Loi. En vertu de l'article 18.1 [édicte, *idem*, art. 5] de la même Loi, ces réparations peuvent être obtenues au moyen d'une demande de contrôle judiciaire présentée par le procureur général du Canada ou par «quiconque est directement touché par l'objet de la demande».

[25] Dans *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)*¹², M. le juge Décarý, s'exprimant au nom de la Cour, a écrit aux pages 701 et 702:

En modifiant en 1990 l'alinéa 18(1)a) de la *Loi sur la Cour fédérale*, de manière à désormais permettre le contrôle judiciaire des décisions prises dans le cadre de l'exercice d'une prérogative royale, le Parlement, à n'en pas douter, faisait une concession considérable au pouvoir judiciaire et infligeait un recul extrême à la Couronne en tant que pouvoir exécutif, si tant est qu'on puisse qualifier de recul le fait d'assujettir l'État encore davantage au pouvoir judiciaire. Ce qu'il faut retenir de cette modification importante, c'est que le Parlement ne s'est pas satisfait de l'assujettissement au pouvoir judiciaire de l'«Administration fédérale» dans l'entendement traditionnel de cette expression et qu'il a voulu que bien peu de chose, désormais, ne soit à l'abri du contrôle judiciaire. Dans ce contexte, j'avoue avoir du mal à donner à l'alinéa 18(1)a) une interprétation telle qu'elle mette les ministres à l'abri de ce contrôle lorsqu'ils exercent les pouvoirs de gestion les plus usuels de la Couronne, codifiés par surcroît par législation et règlement.

[26] While the statutory authority given to the Minister to issue an authority to proceed under the *Extradition Act* might hardly be said to be an “everyday administrative power”, I am satisfied that it is an administrative power codified by legislation.

[27] In *Fast v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,¹³ a motion to strike an application for judicial review of a decision of this Court in a citizenship revocation matter, where a distinctive statutory process quite unlike, but nonetheless analogous, to the extradition process is provided, Justice Lemieux wrote at paragraph 40:

I am further not satisfied the Minister and the Attorney General have made out a case the Minister, in issuing the notice, was not exercising a statutory power contemplated by section 2 of the *Federal Court Act* and, in this respect the Federal Court of Appeal’s decision[s] in *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Service, . . . and Krause v. Canada, . . .* are apt. [Citations omitted.]

[28] It is at least arguable that the same might be said on the facts of this matter.

[29] Judges exercising jurisdiction under the *Extradition Act* have made it clear that they do not regard themselves as being vested by that Act with jurisdiction to review, in a manner equivalent to judicial review, the exercise by the Minister of the power to issue an authority to proceed. In *Federal Republic of Germany v. Schreiber*,¹⁴ Justice Watt wrote at paragraph 65:

The Minister of Justice is the guardian of Canadian sovereignty interests. At the front end of the process, it is his or her function to ensure that the request of the extradition partner is compliant with the Act and the applicable treaty. Her decision, albeit of a political nature, may well involve considerations of foreign law that are beyond the scope of the extradition hearing judge’s authority. [Emphasis added.]

[30] In an endorsement dated November 3, 2000 in the same matter,¹⁵ Justice Watt wrote:

[26] Même si on peut difficilement affirmer que le pouvoir de délivrer un arrêté introductif d’instance qui est conféré au ministre par la *Loi sur l’extradition* est un «pouvoir de gestion usuel», je suis convaincu qu’il s’agit d’un pouvoir de gestion codifié par législation.

[27] Dans l’affaire *Fast c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*¹³ qui porte sur une requête en radiation d’une demande de contrôle judiciaire d’une décision rendue par notre Cour dans une affaire de révocation de la citoyenneté, dans laquelle un processus particulier prévu par loi assez différent du processus d’extradition, mais néanmoins analogue à celui-ci, a été mis en œuvre, M. le juge Lemieux a écrit au paragraphe 40:

En outre, je ne suis pas convaincu que le ministre et le procureur général ont prouvé que le ministre, lorsqu’il a donné l’avis, n’exerçait pas un pouvoir prévu par une loi au sens de l’article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* et, sur ce point, les arrêts *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [...] et *Krause c. Canada*, [...] sont pertinents. [Citations omises.]

[28] Il est permis de croire qu’on pourrait dire la même chose au vu des faits de la présente affaire.

[29] Les juges ayant compétence sous le régime de la *Loi sur l’extradition* ont clairement laissé entendre qu’ils ne se considèrent pas comme étant investis, en vertu de la Loi, de la compétence de réviser, d’une manière équivalente au contrôle judiciaire, l’exercice du pouvoir de délivrer un arrêté introductif d’instance par le ministre. Dans *Federal Republic of Germany v. Schreiber*,¹⁴ M. le juge Watt donne l’explication qui suit au paragraphe 65:

[TRADUCTION] Le ministre de la Justice est le gardien des intérêts dans la souveraineté canadienne. Au début du processus, son rôle consiste à s’assurer que la demande d’extradition du partenaire est conforme à la Loi et au traité qui s’applique. Il est bien possible que sa décision, bien que de nature politique, touche à des questions de droit étranger qui se situent au-delà de l’autorité du juge président à l’audition de la demande d’extradition. [Non souligné dans l’original.]

[30] Dans une observation datée du 3 novembre 2000 dans la même affaire¹⁵, le juge Watt a mentionné ce qui suit:

In combination, the *Extradition Act* and governing treaty, which define the limits of jurisdiction of an extradition hearing judge, do not authorize me to inquire into the validity of

- i. the provisional arrest warrant; or,
- ii. the authority to proceed.

on the ground of impermissible delegation of ministerial authority or actual or apprehended ministerial bias. [Underlined in applicant's authorities.]

[31] Impermissible delegation of ministerial authority and actual or apprehended ministerial bias are two of the issues raised on Mr. Froom's application for judicial review. Thus, if the Minister's exercise of discretion in issuing an authority to proceed is reviewable, it must be found elsewhere than in the role of the extradition judge.

[32] As earlier noted in these reasons, the Minister has a front-end and a back-end role in the extradition process. Upon receipt of an extradition request from an extradition partner, the Minister has the discretion to issue an authority to proceed. This is the front-end role of the Minister, earlier referred to as the second phase of the extradition process. Once the judicial element of the process, that carried out by an extradition judge, is completed, the Minister has a back-end role in determining whether or not to make a surrender order earlier referred to as the fourth phase of the extradition process. Once again as earlier noted in these reasons, the *Extradition Act* sets out a range of circumstances where the Minister is prohibited from making a surrender order. It also sets out a range of circumstances where the Minister is given the discretion to refuse to make a surrender order. It would appear to me that none of such circumstances comprehend a situation where the individual who was the subject of the extradition process manages to convince the Minister that he or she erred in issuing the authority to proceed.

[33] This Court's jurisdiction to review a ministerial decision to make a surrender order is specifically ousted by subsection 57(1) of the *Extradition Act* and such jurisdiction is vested in the court of appeal of the

[TRADUCTION] Ensemble, la *Loi sur l'extradition* et le traité applicable, qui définissent les limites de la compétence d'un juge président à l'audition d'une demande d'extradition, ne m'autorisent pas à examiner la validité:

- i. du mandat d'arrestation provisoire, ou
- ii. de l'arrêté introductif d'instance.

pour le motif de la délégation inacceptable d'un pouvoir ministériel ou de la partialité ministérielle réelle ou appréhendée. [Souligné dans le document des sources du demandeur.]

[31] La délégation inacceptable d'un pouvoir ministériel et la partialité ministérielle réelle ou appréhendée sont deux des questions soulevées dans la demande de contrôle judiciaire de M. Froom. Ainsi, si l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre dans la délivrance d'un arrêté introductif d'instance peut faire l'objet d'un examen judiciaire, ce n'est pas un rôle qui revient au juge d'extradition.

[32] Comme il a été mentionné précédemment, le ministre intervient au début et à la fin du processus d'extradition. Dès réception d'une demande d'extradition de la part d'un partenaire, le ministre exerce son pouvoir discrétionnaire pour prendre un arrêté introductif d'instance. Ce rôle est celui que le ministre joue au début du processus et qui correspond à la deuxième phase du processus d'extradition décrite précédemment. Une fois terminée l'étape judiciaire du processus, où intervient le juge d'extradition, le ministre décide, dans son rôle de fin de processus, de délivrer ou non un arrêté d'extradition, ce qui correspond à la quatrième étape du processus d'extradition décrite précédemment. Encore une fois, tel que je l'ai déjà mentionné dans les présents motifs, la *Loi sur l'extradition* énonce les situations où le ministre doit refuser de prendre un arrêté d'extradition. Elle énonce également les situations où le ministre peut à son gré refuser de prendre un arrêté d'extradition. À mon avis, aucune des situations énoncées ne vise le cas où une personne qui est l'objet d'un processus d'extradition arrive à convaincre le ministre qu'il a fait erreur en délivrant un arrêté introductif d'instance à son endroit.

[33] La compétence de notre Cour pour examiner une décision ministérielle de prendre un arrêté d'extradition est expressément exclue par le paragraphe 57(1) de la *Loi sur l'extradition* et cette compétence est conférée à

province in which the committal of the person was ordered. By contrast, and I regard it as a stark contrast, no mention is made in the *Extradition Act* of judicial review of a decision by the Minister to issue an authority to proceed. In my view, it is clear that Parliament understood that it could oust this Court's jurisdiction under the *Federal Court Act* and vest that jurisdiction either in the extradition judge or the court of appeal of the appropriate province. It clearly and unequivocally chose not to do so in respect of a decision by the Minister to issue an authority to proceed.

[34] Based upon the foregoing line of analysis, I am satisfied that, while Prothonotary Lafrenière makes a compelling argument that this Court does not have the jurisdiction to judicially review the issuance of an authority to proceed, an equally compelling argument can be made that this Court has such jurisdiction by virtue of the *Federal Court Act* and, in the absence of the ousting of that jurisdiction, this Court should fully consider exercising it.

(4) If this Court has jurisdiction to judicially review an authority to proceed, should it nonetheless refrain from exercising that jurisdiction?

[35] Counsel for the Minister, without acknowledging that this Court has jurisdiction to judicially review an authority to proceed, urged that, if the Court has the jurisdiction, it should not exercise it because there exists an adequate alternative remedy and further, that its exercise would be incompatible with the statutory scheme of the *Extradition Act* and expeditious fulfilment of Canada's international obligations in the field of extradition.

[36] I am satisfied that this is an issue more appropriately dealt with on the hearing of any application for judicial review and not on a motion to strike such an application.

CONCLUSION

[37] Based upon the foregoing analysis, and with great respect to the learned Prothonotary whose decision is

la cour d'appel de la province où l'incarcération a été ordonnée. Par opposition, et je vois cela comme une différence significative, la *Loi sur l'extradition* demeure muette quant au contrôle judiciaire d'une décision du ministre de prendre un arrêté introductif d'instance. À mon avis, il est manifeste que le Parlement savait qu'il pouvait exclure la compétence de notre Cour sous le régime de la *Loi sur la Cour fédérale* et conférer cette compétence au juge d'extradition ou à la cour d'appel de la province visée. Il a, de façon claire et non équivoque, choisi de ne pas le faire pour les décisions du ministre de prendre un arrêté introductif d'instance.

[34] Considérant cette analyse, j'estime que, même si le protonotaire Lafrenière a formulé des arguments probants à l'appui de sa thèse voulant que notre Cour n'ait pas compétence pour procéder à l'examen judiciaire d'une décision relative à la délivrance d'un arrêté introductif d'instance, il est possible d'élaborer des arguments tout aussi probants pour démontrer que notre Cour possède cette compétence sous le régime de la *Loi sur la Cour fédérale* et, en l'absence d'une exclusion de cette compétence, notre Cour devrait considérer qu'elle peut l'exercer pleinement.

4) Si la Cour a compétence pour entendre la demande de contrôle judiciaire d'un arrêté introductif d'instance, devrait-elle néanmoins éviter de l'exercer?

[35] L'avocate du ministre, sans reconnaître que notre Cour a compétence pour procéder au contrôle judiciaire d'un arrêté introductif d'instance, a allégué que, si la Cour a compétence, elle ne devrait pas l'exercer parce qu'il existe un autre recours approprié et que cet exercice serait incompatible avec le régime de la *Loi sur l'extradition* et la prompte exécution des obligations internationales du Canada en matière d'extradition.

[36] Je suis d'avis qu'il s'agit d'une question qu'il conviendrait mieux de trancher dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire plutôt que dans le cadre d'une requête en radiation de cette demande.

CONCLUSION

[37] Considérant l'analyse qui précède, et malgré les motifs réfléchis du protonotaire dans la décision en appel

under appeal before me, I cannot conclude that, in the words of Justice Strayer in *David Bull Laboratories (Canada) Inc.*,¹⁶ this is a “very exceptional” case where Mr. Froom’s application for judicial review is “so clearly improper as to be bereft of any possibility of success”. In the result, this appeal by way of motion will be allowed, the decision under review will be set aside and the Minister’s motion to strike Mr. Froom’s application for judicial review will be dismissed. Other elements of the Minister’s motion that were adjourned before Prothonotary Lafrenière and that were not before me should be brought forward to be dealt with without delay.

COSTS

[38] Mr. Froom is entitled to his costs of the Minister’s motion to strike, both before me and before Prothonotary Lafrenière, payable by the Minister to Mr. Froom in any event of the cause.

devant la Cour, je ne saurais conclure que, suivant les termes employés par le juge Strayer dans *David Bull Laboratories (Canada) Inc.*,¹⁶ il s’agit d’un cas très exceptionnel où la demande de contrôle judiciaire est «manifestement irréguli[ère] au point de n’avoir aucune chance d’être accueilli[e]». Par conséquent, le présent appel par voie de requête sera accueilli, la décision dont appel est interjeté sera annulée et la requête du ministre pour radier la demande de contrôle judiciaire de M. Froom sera rejetée. Les autres éléments de la requête du ministre laissés en suspens par le protonotaire Lafrenière et dont la Cour n’a pas été saisie devraient être présentés sans délai pour qu’ils soient tranchés.

DÉPENS

[38] M. Froom a droit à ses dépens pour la requête en radiation du ministre, tant en appel que devant le protonotaire Lafrenière, quelle que soit l’issue de la cause.

¹ S.C. 1999, c. 18.

² SOR/98-106.

³ Definition “extradition partner” in s. 2 of the *Extradition Act*.

⁴ Applicant’s motion record, p. 000065.

⁵ S. 43 of the *Extradition Act*.

⁶ *Supra*, note 2.

⁷ [1993] 2 F.C. 425 (C.A.).

⁸ [1995] 1 F.C. 588 (C.A.).

⁹ See *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462, at para. 122.

¹⁰ (1997), 129 F.T.R. 174 (F.C.T.D.).

¹¹ R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 18(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4)].

¹² [1995] 2 F.C. 694 (C.A.).

¹³ [2001] 1 F.C. 257 (T.D.).

¹⁴ [2000] O.J. No. 2618 (S.C.J.).

¹⁵ Mr. Froom’s authorities, Vol. 3, Tab 52.

¹⁶ *Supra*, note 8.

¹ L.C. 1999, ch. 18.

² DORS/98-106.

³ Définition de «partenaire» à l’art. 2 de la *Loi sur l’extradition*.

⁴ Dossier de la requête du demandeur, p. 000065.

⁵ Art. 43 de la *Loi sur l’extradition*.

⁶ *Supra*, note 2.

⁷ [1993] 2 C.F. 425 (C.A.).

⁸ [1995] 1 C.F. 588 (C.A.).

⁹ Voir *États-Unis d’Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, au par. 122.

¹⁰ (1997), 129 F.T.R. 174 (C.F. 1^{re} inst.).

¹¹ L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 18(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4)].

¹² [1995] 2 C.F. 694 (C.A.).

¹³ [2001] 1 C.F. 257 (1^{re} inst.).

¹⁴ [2000] O.J. n° 2618 (C.S.J.).

¹⁵ Sources de M. Froom, vol. 3, onglet 52.

¹⁶ *Supra*, note 8.

DIGESTS

Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fct>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

ADMINISTRATIVE LAW

JUDICIAL REVIEW

Motion to strike application for judicial review, to convert application to action or to extend application filing times due to scope of application—Applicant seeking to challenge effects of addition of her name to Indian Register under 1985 Indian Act, s. 6(2)—Arguing her possible marriage to non-Indian in future resulting in her children not having Indian status due to combined effect of 1970 Indian Act, s. 12(1)(b) and 1985 Indian Act, s. 6(1)—Court will strike out application only in very exceptional circumstances—Complete lack of jurisdiction exceptional case—Requirement of decision to review, not absolute, but basic—Decision must have some legal effect or be finally determinative of substantive right—Numerous decisions confirming Federal Court having no jurisdiction to review act of Registrar adding or removing name from Indians Register—Registrar's decision under current Act, s. 14, after protest, investigation and determination, final and reviewable—Application premature—Applicant contending protest phase futile and eventual decision identical, given applicant's intention to adduce no further evidence and whatever investigation made by Registrar—Anticipating Registrar's eventual decision speculative—Registrar having access to database of possible relevant material—Motion granted in part, adjourned in part—Pleadings struck, applicant free to amend application when Registrar's final decision made, other requested relief adjourned, costs to respondent in any event of cause—Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 12(1)(b)—Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 6(1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 4), (2) (as am. *idem*), 14 (as am. *idem*).

MOSES V. CANADA (T-685-02, 2002 FCT 1088, Hargrave P., order dated 17/10/02, 10 pp.)

CHARITIES

Appeal of revocation of registration of Action by Christians for the Abolition of Torture (ACAT) as charity within meaning of Income Tax Act (ITA), s. 149.1(1)—ACAT incorporated under letters patent issued by Quebec Inspector

CHARITIES—Continued

of Financial Institutions—Purpose of corporation abolition of torture throughout world—Minister recognized ACAT as registered charity on September 16, 1986—On November 21, 2000, following numerous exchanges and meetings with representatives of ACAT, Minister sent notice of intention to revoke its registration as wording of its objects might enable it to pursue purposes of political nature—ACAT urging Court to decide that nobility and national and international recognition of cause defended by charity justifying use of pressure tactics which, in context of socially or politically controversial cause, would not be accepted because they would be comparable to political activities—Procedure Minister must follow when asked to register charity or revoke its registration explained in *Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women v. M.N.R.*, [1999] 1 S.C.R. 10—Inquiry focusing not only on activities of organization but also on its purposes—In principle, organization must be constituted exclusively for charitable purposes; however, it will not be disqualified solely because one of purposes non-charitable if that purpose, in reality, only means to carry out charitable purposes; in other words, this purpose not an end in itself, but ancillary to charitable purposes rather than collateral purpose—Necessary to consider activities carried on at time of inquiry by organization as potential indicator of whether it has since adopted other, non-charitable purposes—Organization may engage in political activities so long as they are ancillary to charitable purposes and/or they do not account for more than percentage, estimated at about 10% by Minister, of overall activities of organization—Minister's conclusions to effect that some of ACAT's activities constituted means of pressuring political authorities essentially conclusions of fact—Court, hearing appeal from Minister's decision, cannot intervene in regard to these conclusions unless clear or palpable error—No error demonstrated—However, characterization of pressure tactics as political activities within meaning of cases, Act is conclusion of law; correctness appropriate standard of review—Necessary herein to characterize ACAT's activities and to determine whether Minister erred in characterization of activities—Examples of kind of activities ACAT warned against prior to its registration

CHARITIES—Concluded

and that it has resolutely applied itself to carrying on once its registration obtained—Minister based decision to revoke registration on fact that these other activities political—In law of charities, best intentions in world do not suffice, and charities and politics do not sit well together—Striving for political realism, courts and Parliament have developed concepts of incidental or ancillary political objects and activities without which many, if not most, of charities could not operate—Courts so far concerned primarily with political purposes in cases where purpose sought socially or politically controversial and necessarily required changes of statutory nature in regard to which courts did not wish to intervene as would force them to take position and thereby compromise impartiality—In light of case law, exercise of moral pressure on governments political purpose or activity—Parliament careful to add provision to ITA codifying ordinary case law and that helps to resolve issue in much more certain way—Objective of ITA, s. 149.1(6.2), on one hand, to ensure charities could not devote themselves in any way to any partisan activity whatsoever, directly or indirectly, and, on other hand, to allow charities to devote proportion of their activities (established in practice at some 10%) to non-partisan ancillary and incidental activities of their choice—Words “political activities” cover any attempt to sway government or member of government or, in case of democracy, member of Parliament in such areas as these organizations or individuals politically in position to take action in response to pressures to which subjected—Pressuring governments or government members through sending of letters and postcards pertaining to current issues constituting political activity within broad meaning signified by s. 149.1(6.2)—Such activity will be prohibited to charity if partisan—Will be allowed if not partisan, provided that it has not become end in itself and provided it is incidental or ancillary to charitable purposes pursued and fulfills 10% tolerance requirement—In circumstances, activities of ACAT political activities, non-partisan, but political—Minister’s conclusions unassailable and notice of revocation of ACAT’s registration as charity valid—Appeal dismissed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 149.1(1) “charity”, 149.1(6.2).

ACTION BY CHRISTIANS FOR THE ABOLITION OF TORTURE V. CANADA (A-805-00, 2000 FCA 499, Décaré J.A., judgment dated 16/12/02, 32 p.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**EXCLUSION AND REMOVAL***Immigration Inquiry Process*

Application for judicial review seeking to quash visa officer’s decision denying applicant’s permanent resident

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

status application on ground failed to obtain at least 70 units of assessment—Applicant born in India, married with one child, no relatives in Canada—Application indicating intended occupation financial manager—Visa officer awarding 15 units in Education and Training Factor, 0 points in Occupational Factor and Experience Factor—Application dismissed—Commentaries in Citizenship and Immigration policy manual Chapter OP-5 “Processing Independent Immigrants” indicating that where candidate’s intended occupation appears on General Occupation List and candidate has been awarded specific number of units under Educational Training Factor visa officer must award corresponding units (in this case, 3) under Occupational Factor—While visa officer erred in assessment of applicant under Occupational Factor, determination of applicant’s work experience and personal suitability reasonable based on evidence, and applicant still not meeting minimum points requirement.

ELIJAH V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4638-01, 2002 FCT 1082, Rouleau J., order dated 17/10/02, 16 pp.)

Inadmissible Persons

Judicial review of visa officer’s decision denying application for permanent residence pursuant to Immigration Act, s. 19(1)(a)(ii) as dependent daughter suffering from developmental delay, or mild retardation, which might reasonably be expected to cause excessive demands on social services—Decision made after reprocessing of case following Trial Division decision allowing application for judicial review of initial decision, requiring that reconsideration proceed on existing medical evidence, and that only possibility of “excessive demand” be considered—Application dismissed—Respondent’s conduct not abuse of process: reprocessing of case undertaken with care and concern to fully comply with Court order, and adequate disclosure provided to applicant—Applicant’s basic argument that admission of daughter would not cause excessive demands on social services in Canada as wealth factor to be taken into consideration when assessing excessive demands on social services, given distinction between health, social services—Argument dismissed on basis of *Deol v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 1 F.C. 301 (C.A.): Minister has no power to admit person as permanent resident on condition that person either does not make claim on health insurance plans in provinces, or promises to reimburse costs of any services required—“Any services required” must include social services as well as health services—Clear that Federal Court of Appeal does not consider distinction between health, social services to be relevant for purpose of application of Act, s. 19(1)(a)(ii)—Officer’s appreciation of facts, including “uniqueness” of applicant’s daughter, based on relevant evidence, reasonable—

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

Officer committed no reviewable error—Question certified as to whether applicant's wealth relevant consideration in determining whether admission to Canada would cause excessive demands on social services in Canada—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(a)(ii).

DE JONG V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6058-99, 2002 FCT 1201 Pinard J., order dated 13/11/02, 7 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Judicial review of decision by Immigration Officer permanent residence could not be granted to applicant—Applicant Kurd, citizen of Turkey—Convention refugee who applied for landing in March 1993—Processing of application delayed by background check executed by Canadian Security Intelligence Service—Formal complaint made to Security Intelligence Review Committee (SIRC) about delays in handling of applicant's background check—SIRC conducted hearing, issued report—Officer denied application for landing based on belief applicant member of Kurdistan Workers' Party (PKK)—Applicant submitting *inter alia* officer ignored relevant evidence by not considering decision of SIRC, applicant's statement with regard to fundraising for PKK—In her decision, officer made no mention of SIRC report—Rejection of report should have been explained by her, given report result of lengthy, complex, official hearing which directly addressed issue of applicant's possible membership in PKK, reached conclusion opposite to that of officer—Intervention of Court warranted—Application allowed.

GOVEN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1740-01, 2002 FCT 1161, Pinard J., order dated 12/11/02, 5 pp.)

Judicial review of decision of Immigration and Refugee Board, Refugee Division, applicant not Convention refugee—Whether Refugee Division had jurisdiction to hear applicant's claim in absence of express consent by applicant to have claim heard by single-, as opposed to two-member panel—Immigration Act, s. 69.1(7) fixing number of Refugee Division members at two—Exception made at s. 69.1(8)—Applicant allegedly denied statutory right to two-member panel—Advantages of proceeding before two members whose decisions carry equal weight obvious—Relinquishment of right must be knowing, voluntary—Panel required to question applicant about election, unless clear from record applicant had given consent—Applicant's silence, acquiescence in proceeding with hearing not sufficient to establish knowing, voluntary relinquishment of statutory right—Applicant not waiving right to two-member panel—Refugee Division erred in proceeding with hearing absent consent of applicant—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2,

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

s. 69.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 60; 1999, c. 18, s. 96).

ZAMAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4339-01, 2002 FCT 1201, Blanchard J., order dated 21/11/02, 4 pp.)

STATUS IN CANADA*Convention Refugees*

Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Division (Board) decision applicant not Convention refugee—Applicant, citizen of Ecuador, claiming fear of persecution at hands of former employer because reported irregularities in employer's accounting department to government officials—Afraid will never be able to obtain reasonable, even menial, job, and at risk of violence from former employer—Board held applicant had not provided sufficient credible evidence that fear of persecution well-founded, as not able to establish objective basis for fear—Board also found no reasonable chance applicant will be persecuted by former employer if returns to Ecuador—Applicant submitting Board erred in law by failing to address psychological evidence, emotional factors centrepiece of claim Application dismissed—On basis of psychological report, evidence as whole, Court not convinced psychological evidence, emotional factors centrepiece of applicant's claim—Board under no obligation to address it explicitly, given other evidence, rest of Board's reasons—No reason to interfere with Board's findings of fact—Inability to earn livelihood not one of five grounds listed in Immigration Act, s. 2(1) for fear of persecution—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(1) "Convention refugee" (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1).

ORTIZ V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4416-01, 2002 FCT 1163, Pinard J., order dated 13/11/02, 5 pp.)

Judicial review of decision by Immigration and Refugee Board, Convention Refugee Determination Division (Tribunal) finding applicant not Convention refugee—Applicant, labour lawyer, citizen of Mexico, claiming well-founded fear of persecution in Mexico due to political opinion—Tribunal finding no sufficient credible, trustworthy evidence claimant persecuted—Tribunal concluded even if allegations of threats, kidnapping, attempted shooting true, applicant did not submit clear, convincing evidence protection would not be available in Mexico—Tribunal represented to applicant credibility no longer issue, therefore committed reviewable error—Breach of natural justice warranting judicial review—Serious breach of natural justice for Tribunal to tell counsel neither credibility nor Internal Flight Alternative issue, then make finding contrary to applicant without giving him

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

opportunity to rebut concerns of Tribunal regarding issues—Patently unreasonable for Tribunal to find applicant's assertion could not obtain effective state protection in Mexico not credible—Application allowed.

MOYA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5436-01, 2002 FCT 1147, Beaudry J., order dated 6/11/02, 12 pp.)

Judicial review of decision by Convention Refugee Determination Division (CRDD) applicants not Convention refugees—Applicants citizens of Romania—Applicant Eleonora Toth alleging well-founded fear of persecution in Romania at hands of ethnic Romanians, Romanian Security Service (SRI), Romanian police authorities by reason of Hungarian ethnicity, religion as member of Reformed Church, political opinion as member of Hungarian Democratic Alliance of Romania (UDMR)—Based on credibility findings respecting applicant's evidence, testimony, documentary evidence, CRDD panel concluded insufficient credible evidence before it to establish, on balance of probabilities, applicant's fear of persecution at hands of SRI, police authorities well-founded—Credibility question of fact entirely within jurisdiction of CRDD panel as trier of fact—Reviewing court cannot interfere with panel's findings of fact unless panel reached decision in perverse, capricious manner, without regard for relevant evidence submitted to it—Panel erred in assessment of both applicant's credibility, evidence—Panel's decision appeared to be based on misconstruction of evidence in connection with applicant's claim of persecution by reason of Hungarian ethnicity, religion, political opinion—Unreasonable for panel to draw conclusion no evidence Reformed Church members harassed in Romania, to dismiss solely on that basis this aspect of applicant's refugee claim—Panel erred in reaching conclusions by ignoring relevant evidence supporting applicant's narratives—In reaching conclusion applicant not credible, Board did not identify internal inconsistencies, contradictions in applicant's testimony, but inferred important parts of testimony implausible—CRDD's decisions must be based on totality of evidence contained in record—CRDD under clear duty to justify credibility findings with specific, clear reference to evidence, particularly to portions, relevant to applicants' allegations—Findings of implausibility inherently subjective assessments largely dependent on individual panel member's perceptions of what constitutes rational behaviour—Panel either overlooked important portions of applicant's evidence or chose simply to disbelieve evidence—Erred in law in giving no weight to expert's psychological evidence properly before it, by failing to give reasons for rejecting totality of expert's evidence—Psychological report had such cogency fatal error for panel not to have expressly addressed evidence in reasons—Implausibility findings on at least two major

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

findings of panel's decision not reasonable, requiring Court's intervention—Application allowed.

TOTH V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-347-02, 2002 FCT 1133, Rouleau J., order dated 1/11/02, 21 pp.)

Permanent Residents

Judicial review of visa officer's decision refusing application for permanent residence as self-employed chef—Primary basis for decision that applicant did not meet definition of "self-employed person" as contained in Immigration Regulations, 1978, s. 2(1)—Application dismissed—As applicant unable to give any indication as to what intended to do, not when intended to do it, officer entitled to come to conclusion business proposals, identical in content to those submitted by other similarly situated applicants, not *bona fides*—Visa officer did not err in failing to consider certain amount of money in determining applicant's assets as applicant, bearing burden of proof in this regard, produced stale-dated bank statement after having been instructed to submit current information—No breach of procedural fairness—However, visa officer erred in failing to consider applicant's Chinese properties—Not breach of procedural fairness, but failure to consider evidence—Even if applicant had sufficient funds, as visa officer determined, based upon lack of experience, skill, expertise, that applicant did not have ability to establish business in Canada, error not material to result—Visa officer did mention fact applicant did not pay income tax in U.S.A., matter irrelevant in assessment of personal suitability, but did so in context of considering size of applicant's savings, noting that savings accumulated without burden of paying income tax—Size of savings account, in so far as providing possible forecast of future economic success in Canada, meaningful in context of personal suitability assessment—No error in assessment of personal suitability—Visa officer did not fail to assess applicant in accordance with Regulations; did not err by focussing exclusively on definition of "self-employed person" in Regulations, s. 2(1) as applicant did not succeed in relation to either of tests in definition: visa officer found applicant's intended business in Canada would not make significant contribution to economy; applicant having neither sufficient business expertise nor ability to become successfully established in proposed business venture—Furthermore, applicant did not obtain sufficient units of assessment—Visa officer did not err in failing to exercise discretion in applicant's favour—Discretion in Regulations, s. 11(3) exceptional, applicant must request visa officer exercise discretion—No unusual circumstances justifying Court should return matter with direction visa officer consider exercising discretion—"Self-employed" definition in Regulations, s. 2(1) not *ultra vires* as Governor in Council authorized to make such regulations—Importing "significant contribution" requirement into definition not *ultra vires*: *Chan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 2 F.C. 612 (T.D.)—Visa officer did not improperly apply "self-employed person"

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

definition by focusing on lack of prior business experience—Reasonably open to visa officer to conclude that applicant did not have ability to establish business in Canada, to conclude nothing enabling visa officer to conclude applicant would, through business, make significant contribution to economy, cultural or artistic life in Canada—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, ss. 2(1) “self-employed person”, 11(3).

ZHENG V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3898-00, 2002 FCT 1115, Layden-Stevenson J., order dated 25/10/02, 19 pp.)

Judicial review of visa officer’s refusal of application for permanent residence in Canada as civil engineer—Decision made because applicant working as construction manager, not as civil engineer—Applicant challenging proper legal interpretation of Immigration Regulations, 1978, and reasonableness of visa officer’s decision—Applicant, citizen of Jordan, resided in U.S. since 1992, applied to immigrate to Canada as civil engineer—Visa officer awarded no units of assessment for experience as engineer and no points for occupational category—Applicant received 63 of required 70 points—Applicant submits he is entitled to 8 points for experience and 5 points for category—Visa officer deciding not to award points because applicant had not performed substantial amount of duties of civil engineer—Visa officer interpreting “substantial number of main duties . . . including the essential one” in Regulations, Sch. I, Item 4(1)(b) as “majority” of duties described in NOC list to meet occupation and experience requirement of civil engineer—“Majority” of duties incorrect test—“Civil engineers perform some or all [duties]” more specific language and qualifies more general “substantial number”—“Some” means more than one—Reasonableness of decision need not be considered—Decision unreasonable because of inconsistencies and lack of clarity—Application for judicial review allowed—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, Sch. I, Item 4(1)(b).

A’BED V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-363-01, 2002 FCT 1027, Kelen J., order dated 1/10/02, 10 pp.)

COPYRIGHT

Application to declare applicant (executor of late author’s estate) owner of copyright in books—Author during lifetime assigning publishing and other rights to respondent motion picture company forever—Subsequent registration of copyright by other company expunged because not represented and no evidence to show ownership—Applicant sole beneficiary of author’s will—Assignment of copyright by author to respondent valid for author’s lifetime plus 25 years: Copyright Act, s. 13(4)—Assignment of reversionary interest void: Copyright Act, s. 14(1)—Reversionary interest devolves upon applicant 25 years from death of author—Copyright

COPYRIGHT—Concluded

Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 13(4) (as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 10), 14(1).

WINKLER V. ROY (T-1842-00, 2002 FCT 950, Gibson J., order dated 12/9/02, 31 pp.)

CROWN**TORTS**

Action in damages for injuries (contusions, lacerations, broken tooth, increased headaches for approximately six months afterwards) suffered by inmate when viciously assaulted by fellow inmate while occupying cell in segregation unit at Millhaven Institution—Plaintiff alleging correctional officers negligent in failing to keep him safe, failing to promptly come to rescue—Crown denying officers acted negligently, asserting plaintiff’s injuries caused by independent act of third person, plaintiff should be held at least partly responsible as brought attack upon himself—Plaintiff charged with sexual assault of cell mate—Although acquitted of charge, remained in administrative segregation for own safety as once inmate labelled sexual offender, can never again feel safe in penitentiary—Officer in charge failed to properly secure other inmate’s cell door, prematurely opened plaintiff’s door, in breach of segregation unit policy, thereby placing plaintiff in danger; other inmate ran over, repeatedly punched plaintiff for two or three minutes—Action allowed—Incumbent upon correctional officers in segregation unit to exercise great care in monitoring plaintiff’s movements, limiting as much as possible any opportunities for retaliation by other inmates—Officer erred in failing to lock other inmate’s door before opening plaintiff’s door—Other officers’ response to incident reasonable in circumstances—As to contributory negligence, Crown had burden of proof, but failed to establish plaintiff provoked, or contributed to provoking, assault—General damages for pain, suffering relating to injuries assessed at \$5,000.

GUITARE V. CANADA (T-1488-94, 2002 FCT 1170, Lafrenière P., order dated 12/11/02, 10 pp.)

EMPLOYMENT INSURANCE

Consolidated application for judicial review of two Tax Court decisions—One decision for purpose of Employment Insurance Act, other for purpose of Canada Pension Plan—In each decision, Tax Court confirmed Ms. Diane Quock in insurable employment of applicant company—Ms. Quock worked at applicant’s premises for only a few weeks before quitting—Ms. Quock applied for employment insurance benefits; Human Resources Development Canada ruled Ms. Quock entitled to benefits as quitting employment for just cause—Canada Customs and Revenue Agency (CCRA) determined employment insurable, so advised applicant—Applicant appealed both decisions—Applicant contended Tax Court Judge erred in law by applying wrong legal test to

EMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

evidence—Applicant mentioned Judge should have started with written document, signed by Ms. Quock but not by applicant, stating Ms. Quock self-employed private contractor—How parties label employment relationship not determinative—As set out in *Standing v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)* (1992), 147 N.R. 238 (F.C.A.), Tax Court Judge entitled to look elsewhere to see actual nature of contractual relationship between employee, employer—In *671122 Ontario Ltd. v. Sagaz Industries Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 983, Court stated no universal test to determine whether person is employee or independent contractor—Relevant factors related to whether person performing services as person in business on own account, examination of level of control employer has over worker's activities, whether worker provides own equipment, whether worker hires own helpers, degree of responsibility for investment and management held by worker and worker's opportunity for profit in performance of tasks—Tax Court Judge canvassed all relevant factors and no error of law in test applied—Court may not reverse decision unless finding of fact made in perverse or capricious manner without regard to material before Tax Court—Application dismissed—Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23—Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8.

NAMETCO HOLDINGS LTD. v. M.N.R. (A-729-01, A-732-01, 2002 FCA 474, Strayer J.A., order dated 13/11/02, 7 pp.)

ENVIRONMENT

Motion for stay of execution of Trial Division's Campbell J.'s decision of September 23, 2002 ([2003] 2 F.C. 288) pending disposition of respective appeals—Campbell J. interpreted Canadian Environmental Assessment Act (CEAA), s. 74, held that Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order (EARPGO) would not continue to apply (to exclusion of CEAA) in respect of proposals begun under EARPGO—Consequently, Campbell J. held applicant Cogema's licence for McClean Lake Project issued without jurisdiction, thus invalid, because no environmental assessment conducted under CEAA—Ordered that licence under review be quashed—Logic of this decision meaning that current licence could also be considered invalid—This, according to AECB (since replaced by Canadian Nuclear Safety Commission (CNSC)) has created uncertainty with regard to validity of current licence as well as to licensing process—Motion allowed—Criteria for stay met—Serious issue as to proper interpretation of CEAA, s. 74—Could be irreparable harm as immediate application of judgment would put CNSC in situation of having to choose between two courses of action either of which would likely give rise to irreparable harm (if current licence quashed, legitimacy of licensing process would be open to question; if decision quashed and Project shut down, result would be

ENVIRONMENT—Concluded

drastic impact on Cogema, workforce, Canadian uranium industry generally)—Balance of convenience in favour of maintaining current situation in which licensing process can continue to function in interim without CNSC being required to confront situation flowing from Campbell J.'s decision—Particular consideration given to evidence suggesting Project would not present any particular threat to environment during interim period—Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37, s. 74—Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467.

INTER-CHURCH COMMITTEE EDUCATIONAL CO-OPERATIVE v. CANADA (ATOMIC ENERGY CONTROL BOARD) (A-528-02, 2002 FCA 437 Noël J.A., order dated 7/11/02, 4 pp.)

FEDERAL COURT JURISDICTION**TRIAL DIVISION**

Appeal against Trial Division order dismissing Crown's motion to strike named individual defendant RCMP officers from respondents' statement of claim—Respondents former undercover agent and family—Agent exposed during operation with RCMP—Son murdered consequent to exposure—Family seeking protection under RCMP Witness Protection Program—Respondents suing Crown and 5 officers, seeking *mandamus* requiring Crown to reinstate them to Program—Crown moving to strike named officers claiming Federal Court has no jurisdiction to determine claims against individual officers—Jurisdictional test: statutory grant of jurisdiction by Parliament; existing body of applicable federal law; law must be "law of Canada": *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752—Jurisdiction against servants of Crown granted under Federal Court Act, s. 17(5)(b)—Body of existing law contained in Witness Protection Program Act, s. 8(a)—Applying *Oag v. Canada*, [1987] 2 F.C. 511 (C.A.), Court has jurisdiction to consider complaint against individuals—*Robinson v. Canada*, [1996] 2 F.C. 624 (T.D.) and *Varnam v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1988] 2 F.C. 454 (C.A.) distinguished—Second and third elements of *ITO* case met—Appeal dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 17(5)(b) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3)—Witness Protection Program Act, S.C. 1996, c. 15, s. 8(a).

CANADA v. SMITH (A-534-00, 2002 FCA 348, Sexton J.A., judgment dated 26/9/02, 9 pp.)

INCOME TAX**INCOME CALCULATION***Deductions*

Judicial review of decision of Tax Court of Canada (2001 D.T.C. 168) allowing taxpayer's appeal—First issue: whether

INCOME TAX—Continued

amount paid to fellow employee under Agreement to Purchase Client Base of Financial Advisor (client list) deductible current expense or non-deductible payment on account of capital (capital expense) pursuant to Income Tax Act, s. 8(1)(f)(iv), (v) —Second issue: whether interest on money borrowed for purchase of client list deductible current expense or non-deductible capital expense—Taxpayer purchasing client list from fellow employee—Deducting percentage of purchase price and amount for interest and insurance as current expenses for taxation year—MNR disallowing deductions—Deductions permitted for amounts spent for purpose of earning income (Income Tax Act, s. 8(1)(f)), but capital expenses not deductible (s. 8(1)(f)(v))—Minister conceding but for s. 8(1)(f)(v), taxpayer meeting all requirements of s. 8(1)(f)—Payment, interest, insurance all capital expenses, therefore not deductible—Tax Court finding amount paid for purchase not for asset or advantage for enduring benefit of trade—Part of recurring expense, therefore current marketing expense and deductible—Tax Court distinguishing case law on basis taxpayer and vendor employees of company—Court unable to distinguish cases; case law holding payment for client list capital expenditure—Application of tests in *John-Mansville Canada Inc. v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 46 yielding different conclusion than that reached by Tax Court—Tests tend to show payment herein for capital asset—No reason to distinguish on basis of employment status; no reason that expenditure may be capital if made by business owners but marketing expense if made by employees—Employer's involvement in transaction not affecting character of payment—Tax Court Judge erring in distinguishing case law—Interest on money borrowed non-deductible capital expenditure: Supreme Court case law, Income Tax Act interest deductibility code preclude deductibility—But for case law and legislation, interest should be current expense—Tax Court precluded from finding interest current expense: *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Canada Safeway Limited v. The Minister of National Revenue*, [1957] S.C.R. 717; *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32—May be time for Supreme Court to revisit question whether interest capital or current expense: *Shell (supra)*; *Tennant v. M.N.R.* [1996] 1 S.C.R. 305—But lower courts must respect common law until question revisited—Tax Court proposing interest takes on character of principal amount; this Court does not agree, in any case found principal to be capital expense—Language of Parliament indicating interest capital expense—Income Tax Act, ss. 8(1)(f), 20(1)(c), other provisions constituting complete code for deductibility of interest at least where borrowing for capital purpose—Parliament has not repudiated Supreme Court case law on deductibility of interest—Regard must be paid to purpose of borrowing or use of funds during relevant period: *Wharf Properties Ltd. v. Commr. of Inland Revenue*, [1997] 2 W.L.R. 334 (P.C.), but

INCOME TAX—Continued

does not necessarily follow that interest on money borrowed for capital purpose always capital expense and interest on money borrowed for current expense always current expense—Generally, interest paid on amount used to create asset included in other expenditures, therefore capital expense—But need to look at purpose of loan for relevant period—But for Income Tax Act and Supreme Court case law, interest paid by taxpayer should be treated as current expense and therefore deductible—Appeal allowed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 8(1)(f)(iv), (v), (f), 20(1)(c).

CANADA V. GIFFORD (A-191-01, 2002 FCA 301, Rothstein J.A., judgment dated 12/8/02, 33 pp.)

Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision (2001, 2001 DTC 586) allowing taxpayer's appeal against tax assessment, ruling entitled, in computing taxable income, to allowable business investment loss (ABIL) of \$46,657,499 —Appellant citing general anti-avoidance rule (GAAR) and claiming tax benefit obtained by respondent resulted in misuse or abuse of Act read as whole—Respondent part of group of corporations (Donohue Group) controlled by Donohue Inc. (Donohue)—Starting in 1988, Donohue Group invested considerable amounts of money in Donohue Matane Inc. (DMI) for construction of pulp and paper mill, improvements to four sawmills and operations of those mills —For this project, Donohue formed partnership with Société de récupération, d'exploitation et de développement forestier du Québec (Rexfor), each partner holding 50% of DMI's common shares (62,150,000 shares reflecting investment of \$62,150,000)—Following collapse in price of wood pulp in 1991, Donohue's investment in DMI no longer worth anything while adjusted cost base of shares \$62,210,000—To realize economic loss resulting from that investment, Donohue, with Rexfor's co-operation, restructured its investment in DMI—Appeal dismissed—In its relevant tax aspects, transaction structured to maintain adjusted cost base of DMI shares at \$62,210,000 and to produce in respondent ABIL of \$46,675,499 (75% of recorded loss), which respondent applied in full against 1990 income—Taxpayer conceded before T.C.C. that operation in question avoidance transaction within meaning of s. 245(3), producing for respondent tax benefit within meaning of s. 245(1)—However, taxpayer managed to persuade T.C.C. judge that transaction did not result in any abuse of provisions of Act—Judge rightly refused to recognize existence of principle cited by appellant (that Act read as whole contemplating form of matching between value of corporation's property and value of corporation's shares, so that no "actual disposition" or "actually realized" loss)—Application of *OSFC Holdings Ltd. v. Canada*, [2002] 2 F.C. 288 (C.A.) and *Water's Edge Village Estates (Phase II) Ltd. v. Canada*, [2003] 2 F.C. 25 (C.A.): Court must be confident that although words used by Parliament allow avoidance transaction, general policy underlying relevant provisions or

INCOME—Continued

Act as whole sufficiently clear that Court may safely conclude that use made of provision or provisions by taxpayer constituted misuse or abuse—After exhaustive analysis, must be observed that not only no clear and unambiguous policy, but that principle on which Minister relied simply does not exist—Under corporate law, business corporation's property belongs to corporation and not shareholders—So gain or loss may be realized at same time by shareholder in respect of his shares and by corporation in respect of its own property—No principle that would allow effect of these transactions to be consolidated by matching them—Principle underlying Act, if any, contrary to one cited by Minister—In final analysis, once it is recognized that sale of shares by DSF to Cédrico Inc. made at arm's length and that it registered real decrease in value, becomes impossible to argue any misuse or abuse within meaning of s. 245(4) in transaction contemplated by Minister—Record disclosing that in acquiring DMI shares, executives of Cédrico Inc. obtained exactly what they wanted—No non-arm's length relationship between Cédrico Inc. and the Donohue Group—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 245(1), (3), (4).

CANADA V. DONAHUE FOREST PRODUCTS INC.
(A-502-01, 2002 FCA 422, Noël J.A., judgment dated 1/11/02, 12 p.)

PENALTIES

Judicial review of decision by Canada Customs and Revenue Agency (CCRA) denying applicant's request for waiver of interest on income tax account under Income Tax Act, s. 220(3.1)—Applicant questioning whether Minister used improper process in coming to decision not to waive interest—Act, s. 220(3.1) conferring discretion on Minister with regard to waiving, cancelling penalties, interest—Minister under no obligation to do so—On judicial review, Court must determine whether Minister, statutory delegate, properly exercised discretion—Standard of review patent unreasonableness—Act providing no process, factors to be followed, considered by Minister in course of rendering decision under s. 220(3.1)—Applicant's argument did not know amount owing could not stand—Act granting Minister power to delegate to officer, class of officers authority to exercise powers, perform duties of Minister under s. 220(3.1)—Review by Ms. Bemister, Chief of Appeals of Vancouver office, appropriate—Nothing in record suggesting CCRA acted in bad faith—Issue of undue delay implicitly considered for otherwise Ms. Bemister would not have to consider factor of "complexity of legal issues" which were subject of objection, appeal—Application dismissed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 220(3.1) (as enacted by S.C. 1994, c. 7, Sch. VIII, s. 127(2)).

METRO-CAN CONSTRUCTION LTD. V. CANADA
(T-714-02, 2002 FCT 1171, Teitelbaum J., order dated 13/11/02, 9 pp.)

INCOME TAX—Concluded**SEIZURES**

Minister of National Revenue executed certificates for taxes owing against taxpayer pursuant to Income Tax Act, Excise Tax Act—Certificates deemed judgments of Federal Court under both Act and enforceable as such—Taxpayer's moveable property seized to satisfy debt—Applied *Marcel Grand Cirque v. M.N.R.* (1995), 107 F.T.R. 18 (F.C.T.D.): beyond Court's jurisdiction to go behind execution of certificates, however enforcement of certificates within Court's jurisdiction, must be conducted pursuant to Federal Court Act, s. 56, and Federal Court Rules, 1998, r. 423—Charge created in property of debtor by "memorial" pursuant to Income Tax Act, s. 223(5) and Excise Tax Act, s. 316(4)—Memorial is document "issued" by Federal Court—No evidence Federal Court issued document (such as writ)—Proper procedure for Minister to obtain writ from Federal Court in order to seize property—Minister not following proper procedure, seizure improperly made, goods to be returned to taxpayer—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 223(5) (as am. by S.C. 1998, c. 19, s. 224(2))—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 316(4) (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 2000, c. 30, s. 94)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 56 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 18)—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 423.

PICCOTT (RE) (GST-5104-01, ITA-12574-01, 2002 FCT 1116, Heneghan J., order dated 25/10/02, 13 pp.)

INJUNCTIONS

Application for interlocutory injunction ordering defendants to refrain from taking further steps toward completion, implementation of Final Agreement referred to in statement of claim until certain conditions complied with—On January 7, 2000, defendants signed Agreement-in-Principle (AIP)—AIP leading to Final Agreement which, if and when ratified, will be comprehensive land claims, self-government agreement recognized under Constitution Act, 1982, s. 35 for North Slave Region (NSR) in Northwest Territories (NWT)—Plaintiff Clem Paul Métis living in Yellowknife, NWT—Neither Dogrib nor descendant of Dogrib ancestry—North Slave Métis Alliance (NSMA) incorporated in November 1996 grouping three existing Métis organizations in NSR—On April 12, 2001, plaintiffs issued statement of claim against defendants, claiming Indigenous Métis of NSR, descendants of historic Red River Manitoba Métis families who settled there, distinct, unique Aboriginal people—Defendants not recognizing existence of Indigenous Métis of NSR as separate, distinct Aboriginal people or community having Aboriginal rights, title in NSR—Plaintiffs having onus of satisfying tripartite test for grant of interlocutory injunction: (1) serious issue to be tried; (2) irreparable harm if injunction not granted; and (3) balance

INJUNCTIONS—Concluded

of inconvenience in their favour—Court will not issue interlocutory injunction against Crown, Minister of Crown in constitutional cases unless, in exceptional circumstances, motions judge can decide merits of action at interlocutory stage, not case herein—Interlocutory injunction not available against Canada—Government of Northwest Territories (GNWT) has not discharged onus of convincing Court it has no jurisdiction to issue interlocutory injunction against GNWT—GNWT's preliminary objection rejected—Plaintiffs' action not containing fatal flaw—prematurity—constituting bar to plaintiffs from obtaining interlocutory injunction prohibiting further negotiations towards Final Agreement between defendants on Dogrib Nation—Violation of rights claimed by plaintiffs not dependent upon legislative action but upon alleged yet-to-be proven existing aboriginal rights—Serious question to be tried test not stringent one, especially in Charter cases, because of difficulties involved in deciding complex factual, legal issues based upon limited evidence available on interlocutory injunction—Plaintiffs arguing action raised many serious issues—Issues raised by plaintiffs serious ones—Plaintiffs have met low threshold of serious issue test—Plaintiffs having burden of establishing irreparable harm they will suffer unless injunction granted—Evidence must be clear, not speculative—Plaintiffs must show they will suffer irreparable harm between now, date of trial, harm which could not be remedied by Court should they succeed in action—Much of irreparable harm evidence deposed by Mr. Paul aiming at long-term, not at short-term—period of time between now, trial of action—Non-derogation clause in Agreement generally ensuring adjustment will take place to make space for rights which Court will have found Indigenous Métis of NSR had—Individualized assertions of irreparable harm advanced by plaintiffs in short term founded on misreading of purpose, scope of Final Agreement, based on erroneous assumptions—In many cases, fear of harm speculative—Final Agreement not about settlement of rights of Indigenous Métis in NSR, but settlement of rights of Dogrib Nation living primarily in four Dogrib communities in NSR—Plaintiffs have not demonstrated irreparable harm justifying need for interlocutory injunction during narrow time frame between now, trial of action—In all constitutional cases, public interest must be considered in assessing balance of convenience—Defendants would be harmed more if injunction were granted than plaintiffs would be if it was refused—Public interest largely favouring defendants—Another important reason in favour of defendants arising from plaintiffs' delay—Application dismissed—Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.

PAUL V. CANADA (T-646-01, 2002 FCT 615, Lemieux J., order dated 31/5/02, 81 pp.)

MARITIME LAW**CONTRACTS**

Plaintiff Kirgan Holding S.A. brought action by way of statement of claim against *Panamax Leader* seeking payment for bunker fuel supplied—*Panamax Leader* owned by Pacific Pearl Co., registered at Port of Valletta, under Maltese flag—Ship managed by Cyprus Maritime Co. Ltd., Greek company—As *Panamax Leader* discharged cargo in Port of Québec, warrant filed on September 21, 1999 by plaintiff directed arrest of vessel—Marine Fuels Purchasing Contract between Kirgan and Tor Shipping Limited—Kirgan agreed to furnish bunker fuel to various ships for whom Tor acted as agent including *Panamax Leader*, chartered by Tonga Shipping Inc.—Bunkering contracts providing U.S.A. law applicable—Validity of choice in law in Clause 13 of contract—Choice of law provisions in freely negotiated private agreements valid if absence of fraud, undue influence or overwhelming bargaining power—Choice of law provision herein considered valid as defendants failed to prove unreasonableness of Clause 13—Whether plaintiff right in presuming bunkers delivered on credit of ship—If so, defendants bound by contract thus entitling plaintiff to benefit of maritime lien against *Panamax Leader*—Supplier has neither duty nor obligation to investigate whether party has actual authority—Presumed authority based on possession of vessel—In case at bar, bareboat charterers had complete possession and control of ship at all material times, thus entitling plaintiff to rely on presumed authority of Tor Shipping Limited to bind shipowner—Part IV of charterparty between Tonga and *Panamax Leader* constituting hire/purchase agreement clause, thereby affording Tonga right to burden title of registered owner of *Panamax Leader*—Plaintiff right in presuming bunkers delivered on credit of ship—Therefore Kirgan established a valid claim—Both parties of good faith—On one hand, plaintiff delivered bunkers to bareboat charterer, passing as owner, without pay—On other hand, defendants, unaware of transaction, must now assume bankrupt bareboat charterer's obligation to plaintiff—*Panamax Leader* gained windfall in receiving fuel without payment and to require owner to bear cost of benefit neither inequitable nor in contradiction of established principles under American maritime law—Plaintiff entitled to claim value of fuel supplied—Defendants condemned to pay plaintiff sum of C\$123,914.74 together with interest at prime rate charged by Canadian chartered banks on March 31, 1999, plus 2% per annum—Claim allowed.

KIRGAN HOLDING S.A. V. PANAMAX LEADER (THE)
(T-1684-99, 2002 FCT 1235, Blais J., judgment dated 29/11/02, 20 pp.)

OFFICIAL LANGUAGES

Judicial review of Commissioner of Official Languages' decision dismissing applicant's complaint against classification of position of full-time postmaster for Canada Post in

OFFICIAL LANGUAGES—Concluded

Coderre, Saskatchewan as “bilingual imperative”—Applicant, working as postmaster there on temporary basis, could not qualify for position as not meeting linguistic requirement—Application dismissed—Applicable law at time posting decision made by Canada Post, before December 1, 1992, most important legislative requirement to be met in determining position bilingual that of “significant demand” in Official Languages Act, s. 22(b)—Canada Post established own criteria for determining “significant demand”: minority official languages population of 500 or 10% of total population of given area—Canada Post used 1991 census (in which 33.8% of Coderre population claimed French as official language) as factual basis, concluding this constituted “significant demand”—Conclusion reasonable, reached properly on applicable legislation—As to argument Official Languages (Communications with and Services to the Public) Regulations requiring use of 1986 census figures, rather than those of 1991, Regulations not in force at time classification made as came into effect December 16, 1992—Even if Regulations did apply, release date of language counts of 1991 census September 15, 1992—As result, Regulations, s. 5(1)(p) correct provision to apply, argument 1986 census figures apply dismissed—Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, s. 22(b)—Official Languages (Communications with and Services to the Public) Regulations, SOR/92-48, s. 5(1)(p).

MARCHESSAULT V. CANADA POST CORP. (T-1463-00, 2002 FCT 1202, Campbell J., order dated 22/11/02, 8 pp.)

PATENTS

Judicial review of decision by Minister of Health to issue notice of compliance under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations to Biolyse in relation to new drug submission for “Paclitaxel for injection”—Whether Regulations, s. 5(1), (1.1) engaged by facts of case—Applicant Bristol-Myers Squibb Co. owner of two Canadian patents in relation to 6mg/ml injectable paclitaxel solutions—Drug marketed under name “Taxol”—Person making allegation under Regulations, ss. 5(1)(b), (1.1)(b) must provide detailed statement of legal, factual basis for allegation, serve notice of allegation on first person—Expertise of Minister not engaged for proper construction of Regulations, s. 5—Minister would arguably have no greater expertise on issue than Court—Factors set out in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, requiring consideration—Decision to grant NOC made under Regulations warranting low level of deference on judicial review—Appropriate standard of review applicable to issue of whether Regulations, s. 5 engaged on facts of application correctness—Finding based on “pragmatic or functional analysis”—Respondent

PATENTS—Continued

Biolyse arguing applicants lack standing for application under Federal Court Act, s. 18.1 as failed to show “directly affected”—Applicants proceeding not under Patented Medicines (NOC) Regulations, but under Federal Court Act, s. 18.1—Appropriate proceeding for remedies applicants sought—Applicants’ interest in so far as patents concerned “directly affected” by new drug submission (NDS)—Finding based on Minister’s determination submitted drug contains same medicine found in applicants’ drug “Taxol” namely, paclitaxel—Determinative issue on applicability of s. 5(1) whether Biolyse compared, referenced “Taxol” on basis of pharmaceutical characteristics—Comparative analysis under s. 5(1) twofold: (1) to establish bioequivalence with another drug with objective to demonstrate safety, efficacy of drug; (2) to verify for patent infringement—Biolyse did not compare drug, make reference to another drug for purpose of demonstrating bioequivalence—Biolyse’s submission not one to which s. 5(1) applies—Attorney General of Canada arguing s. 5(1.1) should apply only where NDS relies on comparisons with another drug as basis for approval—Court disagreeing with this interpretation of s. 5(1.1)—Latter triggered when drug for which NOC sought contains “a medicine found in another drug that has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted”—Plain reading of s. 5(1.1) consistent with purposive approach to interpretation of Patented Medicines (NOC) Regulations—Regulations intended to prevent infringement of patent rights—Drug for which Biolyse sought NOC containing medicine, paclitaxel, found in another drug, “Taxol”, marketed in Canada pursuant to NOC issued to first person, BMS—S. 5(1.1) engaged on facts of application—Minister erred by failing to require notice of allegation be served on applicants in compliance therewith—Misinterpreted s. 5(1.1) in deciding only submissions based on comparative studies trigger s. 5(1.1)—Committed reviewable error in determining s. 5(1.1) does not apply to Biolyse NDS—Erred in issuing NOC to respondent Biolyse until first person, BMS, served with notice of allegation—Application allowed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 5(1) (as am. by SOR/99-379, s. 2), 5(1.1) (as enacted *idem*)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).

BRISTOL-MYERS SQUIBB CO. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1898-01, 2002 FCT 1205, Blanchard J., order dated 22/11/02, 21 pp.)

INFRINGEMENT

Action against defendant for infringement of Canadian patent for drywall anchors—Defendant counterclaiming patent invalid for obviousness, claiming more than disclosed, lack of utility—Claim of infringement dismissed; counterclaim alleging invalidity dismissed—No significance to fact officers of defendant had knowledge of plaintiffs’ patent, attempted to

PATENTS—Continued

design non-infringing anchor— Infringement not matter of intention—Application of principles of patent interpretation set out in *Free World Trust v. Electro-Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024—Among essential elements of claims of patent in suit: presence of drilling end, ability to use fastener longer than body of anchor due to ability of distal end to deflect to allow passage of fastener— Defendant's devices do not infringe claims in suit as, while can be made to allow passage of fastener beyond distal end, this renders device less useful, essentially abuse of device—Claim of invalidity on basis of obviousness, lack of inventiveness also failing as while most, if not all of elements of invention within common knowledge of person skilled in art, no obvious, non-inventive way of combining them as inventor did not achieve useful result—Plaintiff entitled to declaration patent valid, subsisting as regards defendant—Defendant entitled to declaration two of its products not infringing plaintiff's patent.

ILLINOIS TOOL WORKS INC. v. COBRA ANCHORS CO.
(T-2313-96, 2002 FCT 829, Pelletier J., order dated 29/7/02, 63 pp.)

Application for order pursuant to Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 6(2) prohibiting Minister of Health from issuing notice of compliance (NOC) to Apotex in relation to 250 mg azithromycin capsules for oral administration until applicant Pliva d.d.'s patent expired—Respondent served notice of allegation (NOA) because wants to obtain NOC for its version of azithromycin prior to expiry of patent in order to apply for listing on provincial formularies (lists maintained by provinces of all drug products approved by provincial Ministries of Health)—Application allowed—Statement in NOA (basically that would not make, construct, use or sell capsules other than as deemed to be non-infringing pursuant to Patent Act, s. 55.2(1), (2) sufficient to meet requirement that respondent state legal foundation for its NOA —Fact respondent abandoning reliance upon Act, s. 55.2, referred to in NOA, not amounting to rewriting of NOA as exemption in Act, s. 55.2(2) no longer available, by operation of Parliament, matter beyond respondent's control—As to whether NOA justified, question whether issuance of NOC to respondent, for purpose of its application for listing on provincial formularies, falling within exemption of deemed non-infringement created by Act, s. 55.2(1)—Answer dependent upon interpretation of Act, s. 55.2(1), Regulations, s. 5(1)(b)(iv), in comparison with provincial legislation governing interchangeability and payment for pharmaceutical products—According to relevant Regulatory Impact Analysis Statement, patentee's exclusive rights to use, enjoy its patent now limited by ability of generic manufacturers to use otherwise protected material in making submission for regulatory approval, such as applying for NOC—According

PATENTS—Continued

to evidence herein, all provinces require pharmaceutical manufacturer to hold NOC before drug product listed on provincial formulary—However, respondent cannot rely on provincial legislative regime over interchangeability of drug products, inclusion in provincial drug plans to justify its application for NOC—Provincial legislation serving regulatory purpose over use, sale of drug products but only after federal process has been engaged, completed—Provincial regimes subordinate to federal scheme mandated by Food and Drug Act, Regulations—Respondent cannot succeed as argument (characterizing provincial legislation as regulating use, sale of drug products) contrary to regulatory scheme affecting both approval of drug product, protection of patent rights—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 6(2)—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-5, s. 55.2(1) (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4), (2) (as enacted *idem*; 2001, c. 10, s. 2)—Food and Drugs Act, R.S.C., 1985, c. F-27—Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870.

PFIZER CANADA INC. v. APOTEX INC. (T-1325-00, 2002 FCT 805, Heneghan J., order dated 19/7/02, 27 pp.)

Applicant seeking order prohibiting Minister of Health from issuing Notice of Compliance (NOC) to respondent until expiration of patent pursuant to Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations—Respondent claiming no infringement because process used outside scope of patent—Unique element of patent being original concentration of formula, and processes following from it—Applicant claiming statutory presumption of infringement, Regulations s. 6(6), displacing burden of proof: *Bayer Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2000), 6 C.P.R. (4th) 285 (F.C.A.), therefore applicant does not need to raise evidence—Respondent properly filed Notice of Allegation of non-infringement (NOA) with requisite legal, factual support—Applicant sought discovery of detailed process information which was not produced, brought application to this Court—Not addressing challenging respondent's NOA—Threshold requirement of s. 6(6) that presumption only applies in absence of proof to contrary—NOA presumed to be true and constitutes proof: *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of Health and Welfare)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302 (F.C.A.) and *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1996), 70 C.P.R. (3d) 206 (F.C.A.)—If NOA does not *prima facie* constitute infringement applicant must make positive case that respondent may nonetheless infringe patent—Applicant did not do so—Regulations, s. 6 proceedings confined to administrative purposes only (issue of notice of compliance)—If full trial of validity of infringement issues required, can still commence action—Applicants could have sought court challenge but chose not to do so—Applicant's entire case rests on s. 6(6)

PATENTS—Concluded

presumption—Respondents' NOA indicates activities outside patent monopoly, falls within prior art—Applicant cannot win by saying NOA not sufficiently detailed or allegation not justified—Presumption not altering result—Application dismissed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 6(6) (as enacted by SOR/98-166, s. 5; 99-397, s. 3).

WYETH-AYERST CANADA INC. v. FAULDING (CANADA) INC. (T-234-01, 2002 FCT 969, Layden-Stevenson J., order dated 13/9/02, 28 pp.)

PRACTICE**AFFIDAVITS**

Appeal from Prothonotary's findings respecting late filing of two affidavits—Appeal granted, time extended for filing of both affidavits—Standard of review: *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425 (C.A.)—Prothonotary correctly cited test for extensions of time to file affidavits (*Maxim's Ltd. v. Maxim's Bakery Ltd.* (1990), 37 F.T.R. 199 (F.C.T.D.)); reason for delay must be "valid" (*Mapei Inc. v. Flextile Ltd.* (1995), 59 C.P.R. (3d) 211 (F.C.T.D.))—However, regarding first affidavit, Prothonotary erred in law in interpreting "valid" to mean "effective and valid" and "substantial"—Raised bar too high—On considering question of late filing of first affidavit *de novo*, uncontested statement that applicant "attempting to discuss negotiated resolution, without success" considered valid reason for delay—Regarding second affidavit exhibiting post-decision evidence that decision under review made in "bad faith", Prothonotary erred in law in deciding that since affidavit not before decision-maker at time decision made, affidavit irrelevant—Post-decision evidence can be very relevant to argument of "bad faith" or "bias"—On considering question *de novo*, affidavit relevant and reason for delay in filing valid.

SCHWARTZ HOSPITALITY GROUP V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-137-02, 2002 FCT 961, Campbell J., order dated 11/9/02, 4 pp.)

CASE MANAGEMENT

Motions by defendants, Canadian Pacific Railway Co., Canada Maritime Ltd. (Bermuda) to strike out portion of one of plaintiffs' affidavits, all of second affidavit—As preliminary matter, one counsel questioning jurisdiction of case managers under r. 385(1)(d)—Rule dealing with two different matters; first being temporal extent of jurisdiction of case management judge, prothonotary; second giving other members of Court, hearing judge, liberty to deal with motions, particularly as to trial management—In *Seaspan International Ltd. v. Canada*, T-1709-90, 2001 FCT 937; [2001] F.C.J. No. 1334 (T.D.) (QL), Dawson J. pointed out trial judge hearing action maintains complete control over

PRACTICE—Continued

trial process, retains unimpeded jurisdiction to hear motion brought by party during trial to amend pleadings—Nothing in Rule intended to foreclose motion made to judge appointed to hear trial—*Seaspan* standing for proposition that while case managers required to deal with all matters arising before trial, ultimate qualification merely relieves case managers of obligation to hear all motions before trial without exception, leaving it open to appointed trial judge to deal with trial management matters—To extend r. 385(1)(d) to loss of jurisdiction by case managers, requiring trial judges to hear all interlocutory motions taking place in year or so between allocation of trial date, hearing, would be to great disappointment, surprise of overworked Trial Division judges—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 385.

TEMPO MARBLE & GRANITE LTD. v. MECKLENBURG 1 (THE) (T-404-00, 2002 FCT 1190, Hargrave P., order dated 14/11/02, 11 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS

Failure to comply—Undue Delay—Appeal from prothonotary's order striking out plaintiffs' action as failed to comply with terms of order awarding defendant costs fixed at \$3,500—Order obliging plaintiffs to pay within 30 days, failing which action "shall be struck"—Plaintiffs appealed decision but did not seek stay—Whether plaintiffs put forward persuasive reasons for not respecting terms of order concerning delay—Court faced with a breach in one of Court's own peremptory orders—Case law establishing requirements for justification very high—Authority of Court founded on obedience to orders, therefore Court should not try to find excuses for failure to comply with peremptory order—Standard of justification required in order to obtain relief from non-compliance described in various ways, in particular under double-barrelled test: no intention to ignore or flout order; failure to comply must reside beyond control of party—Affidavits filed by plaintiffs clearly insufficient to meet requirements of justification established in case law—Affidavits contained no satisfactory explanation—Appeal dismissed.

CAST ELK (THE) V. CANADA MARITIME LTD. (T-1554-99, 2002 FCT 1230, Lemieux J., order dated 27/11/02, 11 pp.)

PLEADINGS*Amendments*

Application to amend statement of claim to add party, new elements to action begun as judicial review proceeding—Propriety of adding Blood Tribe Membership Tribunal as party—Addition of party governed by Federal Court Rules, 1998, r. 104 providing addition of party if party ought to have been joined; presence necessary to ensure all matters effectually, completely determined—Tribunal ought not from

PRACTICE—Continued

common law point of view, to become a party under first branch of r. 104—As to second branch of r. 104, addition of party not necessary, as statement of claim, particularly as amended, makes clear nature of proceeding—Therefore, no need for Tribunal to participate in proceeding—Whether to allow amendment to statement of claim—According to established law ought not to prejudge whether amendments will be successful or not but instead ought to allow amendment, so long as assisting in focusing or particularizing point in issue, and as long as amendment will not prejudice other side—As set out in *Shubenacadie Indian Band v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* (2001), 202 F.T.R. 30 (F.C.T.D.), nothing in Federal Court Act, s. 18.4 prevents applicant from adding new claims or new parties to an action—Rules of Court very generous in respect of amendments—Effect of amendments not prejudicial to defendants therefore allowed—However, amendment to add Blood Tribe Membership Tribunal denied—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.4 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 104.

NOADE V. BLOOD TRIBE (T-2243-95, 2002 FCT 2011, Hargrave P., order dated 20/11/02, 11 pp.)

Motion to Strike

Motion under Federal Court Rules, 1998, r. 221(1)(a) to strike out plaintiff's amended statement of claim and dismissal of action on ground statement of claim disclosing no reasonable cause of action—Plaintiff identified triggering factor in action, his retirement, and source or cause of event, namely, provisions of Queen's Regulations and Orders for Canadian Forces (QR & O) dealing with mandatory age of retirement—First, defendants argue plaintiff's action out of time at date of filing, given expiration of six-month period stipulated in National Defence Act, s. 269(1)—Crown cannot avail itself of limitation period in s. 269(1) when sued directly, and, herein Crown Liability and Proceedings Act, s. 24(a) not available to allow Crown to benefit indirectly from limitation period in s. 269(1)—Statement of claim not indicating in any way that Crown is being sued for fault committed by one of its officials—First ground of motion to strike cannot succeed, therefore, as merit not established plainly, obviously—Second, defendants argue plaintiff should have presented conclusions seeking declarations of inoperability and reinstatement in context of application for judicial review, not as action—Claims for declarations of inoperability directed against statutory provisions, therefore against Crown—But, Crown not "federal board, commission or other tribunal"—Initial remedies plaintiff must obtain, declarations of inoperability, could be obtained in circumstances by way of action—Damages sought by plaintiff could be obtained only through action—Defendants' motion to strike therefore not receivable, since neither ground

PRACTICE—Continued

for striking out can be allowed under applicable test on motion to strike under r. 221(1)(a)—Motion dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 221(1)(a)—Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (1994 Revision)—National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 20), s. 269(1)—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 24 (am. by S.C. 1990, c. 8, s. 30; 2001, c. 4, s. 48).

TREMBLAY V. CANADA (T-541-02, 2002 FCT 1072, Morneau P., order dated 1/11/02, 12 p.)

STAY OF PROCEEDINGS

Motion for stay of proceedings in favour of existing arbitration proceedings pursuant to Commercial Arbitration Act of British Columbia, s. 15—In application underlying present motion, partners of Campney & Murphy law firm claim copyright in various precedent material, as against respondents Bernard & Partners, six individuals including Mr. Hilton, each a former partner of Campney & Murphy—Arbitration provision in Campney & Murphy partnership agreement couched in very broad terms, extending to "all disputes arising out of or in connection with" agreement—Three prerequisites to application of Act, s. 15: applicant must show that party to arbitration agreement has commenced legal proceedings against another party to agreement; legal proceedings must be in respect of matter agreed to be submitted to arbitration; application must be timely: *Prince George (City) v. McElhanney Engineering Services Ltd.* (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 368 (C.A.)—Also, party seeking stay need only show arguable case: *Prince George (supra)*—"Arising out of" deserving generous interpretation—Motion allowed—Argument of Campney & Murphy, based on partners of respondent Bernard & Partners being merely corporate entities, entities beyond reach of arbitrator, last-minute tack, but arguable point, albeit only arguable point—However, concept of company acting for and on behalf of those who called it into existence, patently situation here, for law firms cannot function as effective partnerships if corporate persona, as opposed to individuals themselves, in control—Thus, nothing to argument that arbitrator would have no jurisdiction over alleged perpetrators of copyright infringement—Doubt as to arbitrability must be resolved in favour of coverage under arbitration agreement—First, present proceeding against partnership of individual lawyers said to have taken, used copyright material belonging to Campney & Murphy, matter clearly arbitrable—Partnership of individual lawyers, individuals themselves, subject to arbitration process—Second, in the alternative, those corporate personas of each lawyer with Bernard & Partners, including Mr. Hilton were at least arguably, indeed in all likelihood, acting as agents for the individual lawyers—This being case, no issue as to Bernard & Partners, Mr. Hilton being proper parties to arbitration

PRACTICE—Concluded

agreement, so that issue of obtaining, use of precedent material, originated from Campney & Murphy's records, may be arbitrated—In addition, in interest of justice that proceeding be stayed so that effect may be given to arbitration provision agreed to by all concerned—Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, s. 15.

CAMPNEY & MURPHY V. BERNARD & PARTNERS (T-1743-02, 2002 FCT 1136, Hargrave P., order dated 4/11/02, 13 pp.)

VARIATION OF TIME

Motion by applicants seeking extension of time for filing supplementary affidavit and exhibit, further written arguments until Privacy Commissioner (PC) renders decision concerning release of Immigration and Refugee Board (IRB) member's draft reasons—Extension sought indefinite—IRB admitted existence of draft reasons but refused to release reasons—Applicants argued draft of decision prepared far in advance of all of evidence available, thus applicants had no opportunity to meet additional evidence—Current test for supplemental affidavit contained in *Eli Lilly & Co. v. Apotex Inc.* (1997), 76 C.P.R. (3d) 15 (F.C.T.D.), as amended (1997), 77 C.P.R. (3d) 154 (F.C.T.D.) and as added to in *Wayzhusk Onigum Nation v. Kakeway* (2000), 182 F.T.R. 100 (F.C.T.D.)—Applicants must demonstrate: (i) material will serve interest of justice; (ii) material will assist Court; (iii) no substantial or serious prejudice to other side; (iv) material not available earlier; (v) allowing in material will not unduly delay proceedings—Flushing out existence of decision written before all evidence considered certainly in interest of justice—Material would assist Court—Court does not see substantial or serious prejudice to other side and any inconvenience could be dealt with by way of costs—Certainly material not made available to applicants at earlier date—Finally, waiting for material may result in some delay but not undue delay for authorities at IRB—Federal Court Rules, 1998, r. 317 requiring production of all relevant material—Surely, draft decision considered relevant—In this instance, draft reasons, pre-dating conclusion, gathering, admission of evidence by IRB, ought to exist before Court for sake of justice—Motion allowed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 317 (as am. by SOR/2002-417, s. 19).

TUNIAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3389-02, 2002 FCT 1209, Hargrave P., order dated 21/11/02, 8 pp.)

PUBLIC SERVICE**PRACTICE**

Judicial review of Public Service Staff Relations Board (PSSRB) decision dismissing Public Service Alliance of Canada (PSAC) reference under Public Service Staff

PUBLIC SERVICE—Continued

Relations Act (PSSRA), s. 99 on basis PSAC had not established existence of obligation in collective agreement for purposes of Act, s. 99—In context of Phase II Human Rights Tribunal decision on pay equity complaint ordering wage gap for direct wages should be calculated to reflect finding of discrimination, PSSRB did not accept submission that all wage-related benefits decided thereby; PSSRB of opinion that matter left for Phase III—However, Phase III never took place as parties negotiated settlement of issues, parties agreeing terms of agreement settling all Phase II, Phase III issues relating to complaints—At parties' request, Human Rights Tribunal issued consent order indicating agreement constituting resolution of all remaining Phase II, Phase III issues relating to subject complaints made pursuant to Act, s. 11 on behalf of employees—Subsequent to issuance of consent order, PSAC claimed various other salary-related benefits which Treasury Board rejected—Reference followed—Application dismissed—Incumbent upon applicant to satisfy PSSRB that consent gave effect to agreement specifying benefits and allowances be paid so as to give rise obligation under collective agreement—PSSRB on solid ground in holding as consent order not clear on this issue, existence of alleged obligation not established—Far from clear that memorandum of agreement, consent order can be said to give rise to such obligation—Effect of consent order limited by explicit terms of memorandum of agreement, with result that matters not articulated in consent order not contemplated thereby—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 99 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 72).

PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA V. CANADA (TREASURY BOARD) (A-473-01, 2002 FCA 447, Sexton J.A., judgment dated 13/11/02, 6 pp.)

SELECTION PROCESS*Competitions*

Judicial review in opposition to Public Service Commission of Canada (PSC) investigator's investigation report according to which applicant had failed to demonstrate merit of allegation had been unfairly refused interview for certain positions within Public Works and Government Services Canada (PWGSC)—In December 1999, PWGSC initiated staffing process to fill approximately 40 financial analyst positions—On March 29, 2000, applicant sent in four applications, including *curriculum vitae* and brief cover letter—All of applications sent to PWGSC on April 10, 2000—Given scope of competitions, PWGSC consulted PSC in order to reduce number of potential candidates for interviews—PSC recommended use of two tests—To be eligible to write tests, each candidate had to satisfy three conditions (timeliness of application; area of competition; education)—Between May 27 and beginning of August, 2000, PWGSC corrected general competency test—At this point, 51 applications, including applicant's, rejected, notwithstanding result obtained on test—On August 23, 2000,

PUBLIC SERVICE—Continued

applicant telephoned person responsible for coordination of stages in competitions—During conversation, applicant informed his application rejected as it failed to meet necessary experience criteria—On November 17, 2000, applicant filed request for investigation with PSC Recourse Branch (the Branch) in order to have review of handling of his application in competitions—Whether investigator erred in finding applicant had not provided sufficient information upon his enrolment in competition to show had acquired all of necessary experience for positions—Role of investigator to assess whether Department's decision to reject applicant's application was justified—Test not sole criterion of preselection in order to be summoned to interview—Clearly, no error in law committed by investigator in conclusions in relation to merit principle—Applicant's second submission that investigator produced report based on mistakes of fact and reached arbitrary conclusions without regard for relevant material before him—If applicant had wished to create specific link between fact that had worked as inspecting auditor and requirement of experience in area of financial administration, had responsibility of mentioning it—Furthermore, fact that investigator concluded applicant satisfied one of four requisite experience criteria clearly indicating special attention investigator gave to relevant factors in file before him—Applicant not classified "by merit" for appointment to one of financial system analyst positions—Investigator, in his evaluation, took into account all of relevant factors he had before him and did not commit any error that might warrant intervention of Court—Application dismissed.

NAULT V. CANADA (PUBLIC SERVICE COMMISSION) (T-899-01, 2002 FCT 1297, Blais J., order dated 13/12/02, 17 p.)

Merit Principle

Judicial review of interlocutory decision by Public Service Commission Appeal Board, concluding employing Department had not created new positions in altering administrative organization of management positions in all Canada Human Resources Centres (CHRC) in Quebec, abolishing one level of management (associate director PM-05), transferring to PM-04s (service directors) duties of abolished position and proceeding to reclassify PM-04 employees into PM-05 positions in accordance with Public Service Employment Act (PSEA), s. 10(2)—Consequence of decision to allow merit selection of candidates pursuant to PSEA, s. 10(2)—Plaintiffs potential candidates for selection by comparative merit (PSEA, s. 10(1)), since in selection area for positions in question—Appeal Board dismissed Department's objection in this regard and found that question of whether these were new or existing positions could and should be decided by Appeal Board—Whether Appeal Board erred in law in concluding it had necessary jurisdiction to

PUBLIC SERVICE—Concluded

determine whether positions in question reclassified or new positions—Application dismissed—Appeal Board's only function to determine whether appointment proposed by selection board made on merit principle—Any ancillary jurisdiction which it may have should be related to this single function—If it has to rule on validity of selection methods set out in s. 10(1), (2), it should at least come to conclusion merit principle better served if appointments made on basis of relative merit mentioned in s. 10(1) rather than on basis of individual merit mentioned in s. 10(2)—Federal Court of Appeal has held no hierarchy in selection methods: *Canada (Attorney General) v. Laidlaw* (1998), 237 N.R. 1 (F.C.A.)—Therefore impossible for Appeal Board to allow appeal on ground individual merit principle infringing merit principle, since that selection method not inferior to other—Appeal Board therefore did not have necessary jurisdiction to decide whether positions reclassified or new: *Beaudry v. Canada (Attorney General)* (2000), 180 F.T.R. 279 (F.C.T.D.), affirmed at (2000), 264 N.R. 389 (F.C.A.)—Accordingly, Appeal Board did not have necessary jurisdiction to deal with validity of decision by reclassification officer to reclassify positions at issue pursuant to Financial Administration Act, s. 11(2)—Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 11(2)—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 10(1), (2) (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 10).

LAROSE V. CANADA (Attorney General) (T-1007-01, 2002 FCT 1106, Tremblay-Lamer J., order dated 22-10-02, 18 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Judicial review of Tax Court's dismissal of applicant's appeal of MNR's determination regarding applicant's insurable employment—Applicant shellfisher receiving unemployment benefits—Reports that employer issuing false records of employment—Request for ruling on applicant's insurable employment—Revenue Canada Rulings Officer conducting investigation—HRDC investigating officer also conducting investigation—Rulings officer attending meetings led by investigating officer with representatives of deemed employer—Rulings Officer's determination resulting in decrease in number of insurable weeks and amount of insurable earnings originally claimed—Tax Court making same determination—Applicant attacking legitimacy of alleged common investigation carried on by Rulings Officer, investigating officer—Application dismissed—Pursuant to Unemployment Insurance Act, s. 71(1) Minister and Tax Court have authority to decide questions of fact or law regarding matters of insurability—Proceedings before Tax Court in nature of trial at first instance—Judge can collect and consider all relevant evidence—Tax Court not considering Revenue Canada Rulings Officer's investigation improper—Tax Court Judge conducting own review and not limiting it to findings of Rulings

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Continued

Officer—No grounds for attacking process followed—Unemployment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, s. 71(1).

MURPHY v. M.N.R. (A-380-99, 2002 FCA 400, Létourneau J.A., judgment dated 22/10/02, 5 pp.)

Judicial review of Umpire's decision under Unemployment Insurance Act, holding s. 11(6) not violating applicant's Charter, s. 15(1) rights—Applicant received 25 weeks' maternity and parental ("special") benefits—Position closed when applicant intended to resume work; applicant applied for regular benefits—Applicant entitled to 40 weeks of regular benefits but 25 weeks of special benefits deducted pursuant to statutory limitation in s. 11(6)(a)—Applicant arguing discrimination on basis of sex, family status, that she would be denied equal opportunity to look for alternative employment while receiving benefits—Court rejected similar challenge in *Sollbach v. Canada* (1999), 252 N.R. 137 (F.C.A.)—Case law on overruling prior decisions reviewed in *Minister of Employment and Immigration v. Widmont*, [1984] 2 F.C. 274 (C.A.)—Interests of certainty, consistency of law very high—Test for overruling decision of Court is that decision manifestly wrong, in that Court overlooked relevant statutory provision, or case that ought to have been followed—Court in *Sollbach* not neglecting relevant Charter

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

case law, framed analysis correctly pursuant to *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497—Law clarified approach to identifying group to which claimant should be compared in s. 15(1) analysis—Applicant in present case arguing Court erred in *Sollbach* by determining other recipients of special benefits constituted proper comparator group for applicant—Applicant not demonstrating *Sollbach* manifestly wrong for purposes of test for overruling judgment set out *Widmont*—Further considerations on overruling decisions in dissent in *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; advent of Charter, attenuation by subsequent case law, uncertainty of law—*Sollbach* decision post-Charter, not attenuated by subsequent case law, and not creating uncertainty re: s. 11(6)—Even if *Sollbach* wrongly decided, Court not persuaded compelling reasons to justify departure therefrom—Application dismissed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, ss. 11(6) (as am. by S.C.1990, c. 40, s. 9)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 15(1).

MILLER v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-137-01, 2002 FCA 370, Rothstein, Evans and Malone J.J.A., judgment dated 7/10/02, 11 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://décisions.fct-cf.gc.ca/cf> ou le commander au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg

ASSURANCE-CHÔMAGE

Contrôle judiciaire du rejet par la Cour de l'impôt de l'appel interjeté par la demanderesse contre la décision prise par le MRN au sujet de son emploi assurable—La demanderesse s'adonnait à la pêche aux crustacés; elle avait reçu des prestations d'assurance-chômage—Déclarations selon lesquelles l'employeur délivrait de faux relevés d'emploi—Demande en vue de l'obtention d'une décision relative à l'emploi assurable de la demanderesse—L'agente des décisions, à Revenu Canada, avait mené une enquête—L'enquêteur, à DRHC, avait également mené une enquête—L'agente des décisions avait assisté à des réunions organisées par l'enquêteur avec des représentants du présumé employeur—La décision de l'agente des décisions entraînait une diminution du nombre de semaines assurables et du montant initialement allégué au titre de la rémunération assurable—La Cour de l'impôt avait rendu la même décision—Demande rejetée—La demanderesse contestait la légitimité de la présumée enquête commune menée par l'agente des décisions et par l'enquêteur—Demande rejetée—Conformément à l'art. 71(1) de la Loi sur l'assurance-chômage, le ministre et la Cour de l'impôt ont le pouvoir de décider toute question de fait ou de droit nécessaire pour trancher les questions d'assurabilité—Les procédures engagées devant la Cour de l'impôt sont de la nature d'un procès de première instance—Le juge peut recueillir et examiner tous les éléments de preuve pertinents—La Cour de l'impôt ne considérerait pas l'enquête menée par l'agente des décisions de Revenu Canada comme irrégulière—Le juge de la Cour de l'impôt a effectué son propre examen et ne s'est pas limité aux conclusions tirées par l'agente des décisions—Rien ne permet de remettre en question le processus suivi—Loi sur l'assurance-chômage, L.C. 1996, ch. 23, art. 71(1).

MURPHY c. M.R.N. (A-380-99, 2002 CAF 400, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 22-10-02, 6 p.)

Contrôle judiciaire de la décision d'un juge-arbitre en vertu de la Loi sur l'assurance-chômage, concluant que l'art. 11(6) ne violait pas les droits de la demanderesse garantis par l'art. 15(1) de la Charte—La demanderesse a reçu 25 semaines de

ASSURANCE-CHÔMAGE—Suite

prestations de maternité et parentales (spéciales)—L'emploi de la demanderesse a été supprimé alors qu'elle devait revenir au travail; elle a présenté une demande de prestations régulières—La demanderesse avait droit à 40 semaines de prestations régulières, mais on a déduit les 25 semaines de prestations spéciales déjà reçues, compte tenu de la limite prévue à l'art. 11(6)a)—La demanderesse plaide la discrimination fondée sur son sexe et son statut familial, déclarant qu'on ne lui accorde pas les mêmes occasions de chercher un nouvel emploi tout en recevant des prestations—La Cour a rejeté une réclamation semblable dans l'arrêt *Sollbach c. Canada* (1999), 252 N.R. 137 (C.A.F.)—La jurisprudence portant sur le renversement de décisions antérieures a été examinée dans *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Widmont*, [1984] 2 C.F. 274 (C.A.)—La stabilité et l'uniformité du droit sont d'une grande importance—Le critère utilisé pour renverser la décision de la Cour exige que la décision soit manifestement erronée, du fait que la Cour n'aurait pas tenu compte de la législation applicable ou d'un précédent qui aurait dû être respecté—Dans *Sollbach*, la Cour a tenu compte de la jurisprudence pertinente qui porte sur la Charte et elle a correctement fondé son analyse sur l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497—*Law* a clarifié l'approche à adopter pour identifier le groupe avec lequel la demanderesse doit être comparée dans le cadre d'une analyse en vertu de l'art. 15(1)—En l'espèce, la demanderesse soutient que la Cour a commis une erreur dans *Sollbach* en concluant que les autres bénéficiaires de prestations spéciales étaient le groupe approprié de comparaison—La demanderesse n'a pas démontré que *Sollbach* était manifestement erroné aux fins du critère pour renverser une décision établi dans *Widmont*—D'autres considérations à examiner pour renverser une décision sont exprimées en dissidence dans *R. c. Bernard*, [1998] 2 R.C.S. 833: l'avènement de la Charte; l'atténuation par la jurisprudence subséquente et l'incertitude créée dans le droit—*Sollbach* date d'après l'entrée en vigueur de la Charte, n'a pas été atténué par la jurisprudence subséquente et n'a pas créé d'incertitude au sujet de l'art. 11(6)—Même si *Sollbach* était erroné, la Cour n'a pas été convaincue qu'il existe des

ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

motifs impératifs qui justifieraient qu'on ne l'applique pas—Demande rejetée—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 11(6) (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 9)—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 15(1).

MILLER C. CANADA (PROUREUR GÉNÉRAL) (A-137-01, 2002 CAF 370, juges Rothstein, Evans et Malone, J.C.A., jugement en date du 7-10-02, 11 p.)

ASSURANCE-EMPLOI

Demandes de contrôle judiciaire réunies portant sur deux décisions de la Cour canadienne de l'impôt—La première, aux fins de la Loi sur l'assurance-emploi, l'autre, aux fins du Régime de pensions du Canada—Dans chacune de ces décisions, la Cour de l'impôt a confirmé que M^{me} Diane Quock occupait un emploi assurable chez la société demanderesse—M^{me} Quock a travaillé dans les locaux de la demanderesse pendant quelques semaines seulement avant de quitter son emploi—Elle a demandé des prestations d'assurance-emploi; Développement des ressources humaines Canada a décidé qu'elle avait droit à ces prestations étant donné qu'elle avait quitté son emploi pour une raison valable—L'Agence des douanes et du revenu du Canada (ADRC) a statué que son emploi était assurable et elle a informé la demanderesse en conséquence—La demanderesse en a appelé de ces deux décisions—La demanderesse prétend que le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur de droit en appliquant le mauvais critère juridique à la preuve—Elle prétend que le juge aurait dû commencer par le document écrit, signé par M^{me} Quock, mais non par la demanderesse, et qui indiquait que M^{me} Quock travaillait pour son compte en tant qu'entrepreneur indépendant—La façon dont les parties qualifient leur lien n'est pas décisif—Comme l'indique l'arrêt *Standing c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)* (1992), 147 N.R. 238 (C.A.F.), le juge de la Cour de l'impôt avait le droit de chercher ailleurs pour vérifier quelle était la véritable nature du lien contractuel qui existait entre l'employeur et son employée—Dans l'arrêt *671122 Ontario Ltd. c. Sagaz Industries Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 983, la Cour a statué qu'aucun critère universel ne permet de déterminer si une personne est un employé ou un entrepreneur indépendant—Les facteurs pertinents consistent à déterminer si la personne qui a été engagée pour fournir des services les fournit en tant que personne travaillant à son compte, en prenant en considération le degré de contrôle que l'employeur exerce sur les activités du travailleur, en se demandant si le travailleur fournit son propre outillage, s'il engage lui-même ses assistants, quelle est l'étendue de ses risques financiers et jusqu'à quel point il est responsable des mises de fonds et de

ASSURANCE-EMPLOI—Fin

la gestion et jusqu'à quel point il peut tirer profit de l'exécution de cette tâche—Le juge de la Cour de l'impôt avait examiné toutes les questions pertinentes et qu'il n'a commis aucune erreur de droit dans le critère qu'il a appliqué—La Cour ne peut renverser une conclusion de fait à moins qu'elle n'ait été tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont la Cour de l'impôt disposait—Demande rejetée—Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23—Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8.

NAMETCO HOLDINGS LTD. c. M.R.N. (A-729-01, A-732-01, 2002 CAF 474, juge Strayer, J.C.A., ordonnance en date du 13-11-02, 8 p.)

BREVETS

Demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité en vertu du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) à Biolyse relativement à la présentation de drogue nouvelle visant le «Paclitaxel pour perfusion»—Il s'agit de déterminer si l'art. 5(1), (1.1) du Règlement s'applique compte tenu des faits de l'espèce—La demanderesse Bristol-Myers Squibb Co. est titulaire de deux brevets canadiens portant sur des solutions injectables de 6 mg/ml de paclitaxel—Le médicament est commercialisé sous le nom de «Taxol»—La personne qui fait une allégation visée à l'art. 5(1)b) ou (1.1)b) du Règlement doit fournir un énoncé détaillé du droit et des faits sur lesquels elle se fonde et signifier un avis d'allégation à la première personne—Les compétences spécialisées du ministre ne sont pas nécessaires pour bien interpréter l'art. 5 du Règlement—Le ministre ne possède vraisemblablement pas une plus grande expertise que la Cour sur ce point—Les facteurs énumérés dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, doivent être examinés—La décision de délivrer un avis de conformité en vertu du Règlement justifie un degré peu élevé de retenue de la part du tribunal saisi d'une demande de contrôle judiciaire—La norme de contrôle applicable à la question de savoir si l'art. 5 du Règlement s'applique compte tenu des faits est la norme du bien-fondé—Cette conclusion repose sur une «analyse pragmatique et fonctionnelle»—La défenderesse Biolyse a soutenu que les demanderessees n'ont pas la qualité pour introduire une demande en vertu de l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale parce qu'elles n'ont pas réussi à démontrer qu'elles sont «directement touchées»—Les demanderessees agissent non pas sous le régime du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), mais en vertu de l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale—C'est la procédure appropriée compte tenu des réparations réclamées par les demanderessees—Les droits des demanderessees, du moins en ce qui concerne leurs brevets, sont «directement

BREVETS—Suite

touchés» par la présentation de drogue nouvelle (PDN)—Cette conclusion repose sur la décision du ministre que la drogue visée renferme le même médicament que celui que l'on trouve dans le «Taxol» des demanderesse, à savoir du paclitaxel—La question déterminante quant à l'applicabilité de l'art. 5(1) est de savoir si Biolyse a fait des comparaisons ou des renvois au «Taxol» d'après ses caractéristiques pharmaceutiques—L'analyse comparative prévue à l'art. 5(1) comporte deux volets: 1) démontrer la bioéquivalence avec une autre drogue dans le but de démontrer l'innocuité et l'efficacité du médicament; 2) vérifier s'il y a contrefaçon du brevet—Biolyse n'a pas comparé sa drogue ni fait référence à une autre drogue pour en démontrer la bioéquivalence—L'art. 5(1) ne s'applique pas à la présentation de Biolyse—Le procureur général du Canada soutient que l'art. 5(1.1) ne devrait s'appliquer que lorsque l'approbation d'une PDN repose sur une comparaison avec une autre drogue—La Cour ne souscrit pas à cette interprétation de l'art. 5(1.1)—L'application de cet article est déclenchée lorsqu'une drogue pour laquelle un avis de conformité est demandé contient «un médicament que l'on trouve dans une autre drogue qui a été commercialisée au Canada par suite de la délivrance d'un avis de conformité à la première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise»—Le sens ordinaire du libellé de l'art. 5(1.1) s'accorde avec une méthode d'interprétation du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) fondée sur l'objet—Le Règlement vise à empêcher la violation des droits conférés par les brevets—La drogue pour laquelle Biolyse a demandé un avis de conformité contient un médicament, le paclitaxel, que l'on trouve dans une autre drogue, le «Taxol», qui a été commercialisée au Canada en vertu d'un avis de conformité délivré à une première personne, BMS—L'art. 5(1.1) s'applique, compte tenu des faits de la demande—Le ministre a commis une erreur en n'exigeant pas qu'un avis d'allégation soit signifié aux demanderesse en conformité avec cette disposition—Le ministre a mal interprété l'art. 5(1.1) en décidant que seules les présentations fondées sur des études comparatives peuvent déclencher l'application de cette disposition—Il a commis une erreur justifiant l'intervention du tribunal en concluant que l'art. 5(1.1) ne s'appliquait pas à la PDN de Biolyse—Il a commis une erreur en délivrant un avis de conformité à la défenderesse Biolyse avant que la première personne, BMS, ne reçoive signification d'un avis d'allégation—Demande accueillie—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5(1) (mod. par DORS/99-379, art. 2), 5(1.1) (édicte, *idem*)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).

BRISTOL-MYERS SQUIBB CO. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1898-01, 2002 CFPI 1205, juge Blanchard, ordonnance en date du 22-11-02, 24 p.)

BREVETS—Suite**CONTREFAÇON**

Action intentée contre la défenderesse pour contrefaçon d'un brevet canadien portant sur des dispositifs d'ancrage pour cloisons sèches—La défenderesse soutient dans sa demande reconventionnelle que le brevet est invalide en raison de son évidence et parce qu'il revendique plus que ce qu'il divulgue ou est inutile—Action en contrefaçon rejetée; demande reconventionnelle alléguant l'invalidité rejetée—Aucune importance accordée au fait que les dirigeants de la défenderesse étaient au courant du brevet des demanderesse et ont tenté de concevoir un dispositif d'ancrage qui ne contreferait pas le brevet—La contrefaçon n'est pas une question d'intention—Application des principes d'interprétation des brevets formulés dans l'arrêt *Free World Trust c. Electro-Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024—Font partie des éléments essentiels des revendications du brevet en cause la présence d'une extrémité de perçage et la capacité d'utiliser une attache plus longue que le corps du dispositif d'ancrage en raison de la capacité de l'extrémité distale de s'écarter pour laisser passer une attache—Le dispositif de la défenderesse ne contrefait pas les revendications en litige parce que même s'il peut laisser passer une attache au-delà de l'extrémité distale, cela le rend moins utile et cela constitue essentiellement un usage abusif du dispositif—L'allégation d'invalidité reposant sur l'évidence, ou manque d'inventivité, est également rejetée parce que la plupart sinon tous les éléments de l'invention faisaient partie des connaissances générales d'une personne versée dans l'art et qu'il n'y avait aucune façon non évidente et non inventive de les combiner comme l'a fait l'inventeur pour obtenir un résultat utile—Les demanderesse ont droit à un jugement déclaratoire portant que leur brevet est valide et non périmé à l'égard de la défenderesse—La défenderesse a droit à un jugement déclaratoire portant que deux de ses produits ne contrefont pas le brevet des demanderesse.

ILLINOIS TOOL WORKS INC. C. COBRA FIXATIONS LTÉE (T-2313-96, 2002 CFPI 829, juge Pelletier, ordonnance en date du 29-7-02, 64 p.)

Demande visant à obtenir une ordonnance en vertu de l'art. 6(2) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à Apotex Inc. au sujet des capsules d'azithromycine de 250 mg pour administration par voie orale tant que ne sera pas expiré le brevet de Pliva d.d.—La défenderesse a signifié son avis d'allégation parce qu'elle veut obtenir un avis de conformité pour sa version d'azithromycine avant l'expiration du brevet afin de pouvoir présenter une demande d'inscription sur les formulaires provinciaux (listes que tiennent les provinces de tous les produits pharmaceutiques approuvés par les ministères provinciaux de la Santé)—

BREVETS—Suite

Demande accueillie—L'énoncé dans l'avis d'allégation (savoir essentiellement que l'intéressée s'engage à ne pas entreprendre la fabrication, la construction, l'utilisation ou la vente des capsules autrement que d'une manière jugée ne pas constituer une contrefaçon au sens de l'art. 55.2(1) et (2) de la Loi sur les brevets) suffit pour remplir l'exigence obligeant la défenderesse à faire état du fondement juridique de son avis d'allégation—Le fait que la défenderesse ait cessé d'invoquer l'art. 55.2 de la Loi, mentionné dans l'avis d'allégation, n'équivaut pas à réécrire l'avis d'allégation puisque l'exemption légale prévue à l'art. 55.2(2) n'existe plus du fait du Parlement, situation qui est indépendante de la volonté de la défenderesse—Quant à savoir si l'avis d'allégation est fondé, il faut déterminer si la délivrance à la défenderesse d'un avis de conformité, pour les besoins de sa demande d'inscription sur les formulaires provinciaux, fait partie de l'exception relative à la présomption d'absence de contrefaçon créée par l'art. 55.2(1) de la Loi—La réponse à cette question dépend de l'interprétation de l'art. 55.2(1) de la Loi et de l'art. 5(1)b(iv) du Règlement, en comparaison avec la législation provinciale régissant l'interchangeabilité et le paiement de produits pharmaceutiques—Selon le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, les droits exclusifs du breveté de jouir de son brevet et de l'utiliser sont maintenant limités par la capacité des fabricants de produits génériques d'utiliser un objet par ailleurs breveté en présentant une demande d'approbation réglementaire de leurs produits, comme la présentation d'une demande d'avis de conformité—D'après la preuve présentée à l'instance, toutes les provinces exigent qu'un fabricant de produits pharmaceutiques soit titulaire d'un avis de conformité avant qu'un produit pharmaceutique ne soit inscrit sur un formulaire provincial—Toutefois, la défenderesse ne peut se fonder sur le régime législatif provincial en matière d'interchangeabilité des produits pharmaceutiques et leur inclusion dans les régimes provinciaux d'assurance-médicaments pour fonder sa demande d'avis de conformité—La législation provinciale joue un rôle de réglementation de la vente et de l'utilisation des produits pharmaceutiques, mais uniquement après que le processus fédéral a été entamé et s'est achevé—Les régimes provinciaux sont subordonnés au régime fédéral prescrit par la Loi sur les aliments et drogues et le Règlement—L'argument de la défenderesse ne peut être accueilli (elle affirme que la législation provinciale réglemente l'utilisation et la vente de produits pharmaceutiques) parce qu'il est contraire au régime réglementaire touchant à la fois l'autorisation des produits pharmaceutiques et la protection des droits afférents aux brevets—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 6(2)—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-5, art. 55.2(1) (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4), (2) (édicte, *idem*; 2001, ch.10, art. 2)—Loi sur les aliments et drogues, L.R.C.

BREVETS—Suite

(1985), ch. F-27—Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870.

PFIZER CANADA INC. C. APOTEX INC. (T-1325-00, 2002 CFPI 805, juge Heneghan, ordonnance en date du 19-7-02, 38 p.)

La demanderesse veut obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer à l'intimée un avis de conformité jusqu'à l'expiration du brevet conformément au Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—L'intimée a prétendu qu'il n'y avait pas eu contrefaçon parce que le procédé utilisé se situe en dehors de la portée du brevet—L'élément essentiel du brevet est la concentration initiale de la formule et les procédés qui en découlent—La demanderesse prétend que la présomption de contrefaçon contenue à l'art. 6(6) du Règlement déplace la charge de la preuve: *Bayer Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (2000), 6 C.P.R. (4th) 285 (C.A.F.), et que, par conséquent, elle n'a pas à produire d'éléments de preuve—L'intimée a correctement déposé l'avis d'allégation d'absence de contrefaçon qui était accompagné de l'énoncé détaillé des moyens de droit et de fait requis—La demanderesse a demandé la tenue d'un interrogatoire préalable sur les renseignements détaillés qui n'ont pas été produits au sujet du procédé utilisé et elle a présenté une demande à la Cour—L'avis d'allégation de l'intimée n'est ni abordé ni contesté—En vertu de la condition préalable prévue à l'art. 6(6), la présomption ne s'applique qu'en l'absence d'une preuve contraire—L'avis d'allégation est réputé véridique et constitue une preuve: *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302 (C.A.F.) et *Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1996), 70 C.P.R. (3d) 206 (C.A.F.)—Si l'avis d'allégation ne constitue pas à première vue une preuve de la contrefaçon, la demanderesse doit produire une preuve positive que l'intimée peut néanmoins contrefaire le brevet—La demanderesse ne l'a pas fait—Les instances introduites en vertu de l'art. 6 ont un domaine d'application purement administratif (question de l'avis de conformité)—S'il est nécessaire de tenir un procès en bonne et due forme au sujet de la validité ou de la contrefaçon du brevet, on peut le faire en introduisant une action en justice—La demanderesse aurait pu tenter une action en justice, mais elle a choisi de ne pas le faire—La preuve de la demanderesse repose entièrement sur la présomption contenue à l'art. 6(6)—L'avis d'allégation de l'intimée indique que les activités ne relèvent pas du monopole du brevet mais plutôt de l'état antérieur de la technique—La demanderesse ne peut obtenir gain de cause en faisant valoir que l'avis d'allégation n'est pas suffisamment détaillé ou que l'allégation n'est pas fondée—La présomption ne modifie pas le résultat—Demande rejetée—Règlement sur

BREVETS—Fin

les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 6(6) (édicte par DORS/98-166, art. 5; 99-397, art. 3).

WYETH-AYERST CANADA INC. C. FAULDING (CANADA) INC. (T-234-01, 2002 CFPI 969, juge Layden-Stevenson, ordonnance en date du 13-9-02, 31 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**EXCLUSION ET RENVOI***Personnes non admissibles*

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent des visas a refusé la demande de résidence permanente présentée par le demandeur conformément à l'art. 19(1)a)(ii) de la Loi sur l'immigration parce que sa fille, qui était à sa charge, souffrait d'un retard de développement ou d'une déficience mentale légère et qu'il était raisonnablement possible de s'attendre à ce qu'elle entraîne un fardeau excessif pour les services sociaux—Décision prise après le nouveau traitement du cas, la Section de première instance ayant accueilli la demande de contrôle judiciaire de la décision initiale en exigeant que le nouvel examen soit effectué sur la base de la preuve médicale existante et qu'il soit uniquement tenu compte de la possibilité d'un «fardeau excessif»—Demande rejetée—La conduite du défendeur ne constituait pas un abus de procédure: le cas a de nouveau été traité avec soin et diligence de façon à respecter pleinement l'ordonnance de la Cour et une communication adéquate a été faite au demandeur—Le demandeur a fondamentalement soutenu que l'admission de sa fille ne causerait pas un fardeau excessif pour les services sociaux au Canada parce que la richesse est un facteur à prendre en considération lorsqu'il s'agit d'apprécier le fardeau excessif pour les services sociaux, étant donné la distinction entre les services de santé et les services sociaux—L'argument a été rejeté compte tenu de la décision *Deol c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 1 C.F. 301 (C.A.): le ministre n'a pas la faculté d'assujettir l'admission d'une personne 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—L'expression «tout service utilisé» doit inclure les services sociaux ainsi que les services de santé—Il est clair que la Cour d'appel fédérale ne considère pas la distinction entre les services de santé et les services sociaux comme pertinente pour l'application de l'art. 19(1)a)(ii) de la Loi—L'appréciation des faits par l'agent, y compris le fait que le cas de la fille du demandeur était «unique en son genre», était fondée sur des éléments de preuve pertinents et elle était raisonnable—L'agent n'a pas commis d'erreur susceptible de révision—Certification de la question de savoir si la richesse d'un demandeur est une

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

considération pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si l'admission du demandeur au Canada entraînerait un fardeau excessif pour les services sociaux au Canada—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)a)(ii).

DE JONG C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-6058-99, 2002 CFPI 1202, juge Pinard, ordonnance en date du 13-11-02, 7 p.)

Processus d'enquête en matière d'immigration

Demande de contrôle judiciaire demandant l'annulation d'une décision d'une agente des visas par laquelle elle a rejeté la demande de statut de résident permanent présentée par le demandeur pour le motif qu'il n'avait pas obtenu au moins 70 points d'appréciation—Le demandeur est né en Inde; il est marié, père d'un enfant et n'a aucun parent au Canada—Le demandeur a indiqué dans sa demande qu'il comptait travailler comme directeur financier—L'agente des visas lui a accordé 15 points d'appréciation pour les études et la formation, 0 point pour le facteur professionnel et l'expérience—Demande rejetée—Les commentaires qui figurent au chapitre OP-5 du Guide de l'immigration intitulé «Traitement des demandes des immigrants indépendants», mentionnent que lorsque la profession qu'envisage d'exercer un candidat est mentionnée dans la Liste générale des professions et que le candidat s'est vu accordé un nombre précis de points d'appréciation sous la rubrique Facteur des études et de la formation, l'agent des visas doit lui accorder le nombre correspondant de points d'appréciation (3 points en l'espèce) qui figure dans la colonne Facteur demande dans la profession—Si on accepte que l'agente des visas a commis une erreur dans son appréciation du demandeur pour le facteur professionnel mais que les éléments de preuve qui ont été portés à sa connaissance justifiaient raisonnablement la conclusion à laquelle elle est arrivée quant à l'expérience de travail et quant aux qualités personnelles du demandeur, celui-ci n'aurait quand même pas obtenu le nombre minimum de points requis.

ELIJAH C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4638-01, 2002 CFPI 1082, juge Rouleau, ordonnance en date du 17-10-02, 16 p.)

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Demande de contrôle judiciaire de la décision de l'agente d'immigration qu'on ne pouvait accorder le statut de résident permanent au demandeur—Le demandeur est un Kurde, citoyen de la Turquie—Réfugié au sens de la Convention, il a fait une demande de droit d'établissement en mars 1993—Le traitement de sa demande a été retardé par la vérification de ses antécédents, confiée au Service canadien du renseignement de sécurité—Plainte formelle au Comité de surveillance des

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

activités du renseignement de sécurité (CSARS) portant sur le délai dans le traitement de la vérification des antécédents du demandeur—Le CSARS a tenu une audience et publié son rapport—L'agente a rejeté la demande de droit d'établissement en se fondant sur sa croyance que le demandeur était membre du Parti des travailleurs du Kurdistan (PKK)—Le demandeur soutient notamment que l'agente n'a pas tenu compte d'une preuve pertinente en ne faisant aucun état de la décision du CSARS ou de la déclaration du demandeur au sujet des levées de fonds pour le PKK—L'agente ne mentionne pas le rapport du CSARS dans sa décision—Elle aurait dû dire pourquoi elle rejetait le rapport, étant donné qu'il était issu d'une audience longue, complexe et de nature officielle, où l'on a traité de façon directe la question de savoir si le demandeur pouvait avoir été membre du PKK, et qui arrivait à une conclusion différente que celle de l'agente—L'intervention de la Cour est justifiée—Demande accueillie.

GOVEN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1740-01, 2002 CFPI 1161, juge Pinard, ordonnance en date du 12-11-02, 5 p.)

Demande de contrôle judiciaire à l'égard d'une décision de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié que le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention—La question en litige est de savoir si la section du statut avait compétence pour entendre la revendication du demandeur sans que celui-ci ait expressément consenti à ce que sa revendication soit entendue par un seul commissaire au lieu de deux—L'art. 69.1(7) de la Loi sur l'immigration établit à deux le nombre de membres nécessaires pour entendre les revendications du statut de réfugié à la section du statut—Il est fait exception au quorum à deux membres à l'art. 69.1(8)—Le demandeur prétend s'être vu refuser le droit à un tribunal constitué de deux membres comme la Loi le prévoit—Avantages de procéder devant deux membres dont les décisions ont le même poids—La renonciation à ce droit doit être consciente et volontaire—Le tribunal était tenu d'interroger le demandeur sur ce choix, à moins qu'il n'ait été nettement évident à la lecture du dossier qu'il avait donné son consentement—Le silence ou l'acquiescement d'un demandeur quant à la poursuite de l'audition n'est pas suffisant pour établir une renonciation consciente et volontaire à un droit prévu par la Loi—Le demandeur n'a pas renoncé à son droit à un tribunal composé de deux membres—La section du statut a fait erreur de procéder à l'audition sans le consentement du demandeur—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 60; 1999, ch. 18, art. 96).

ZAMAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4339-01, 2002 CFPI 1201, juge Blanchard, ordonnance en date du 21-11-02, 4 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

STATUT AU CANADA

Réfugiés au sens de la Convention

Contrôle judiciaire de la décision rendue par la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) statuant que la demanderesse n'était pas une réfugiée au sens de la Convention—La demanderesse, une citoyenne de l'Équateur, craint d'être persécutée par son ancien employeur car elle a dénoncé à des fonctionnaires des irrégularités dans le service de comptabilité de la société pour laquelle elle travaillait—Elle craint de ne plus être en mesure d'obtenir un emploi raisonnable, voir même de conserver un emploi inférieur et redoute des actes de violence de la part de son ancien employeur—La Commission a jugé que la demanderesse n'avait pas fourni suffisamment d'éléments de preuve crédibles pour démontrer que sa crainte de la persécution était fondée car elle n'avait pas établi un fondement objectif à cette crainte—Toujours selon la Commission, il n'existait aucune possibilité raisonnable que la demanderesse soit persécutée par son ancien employeur advenant son retour en Équateur—La demanderesse soutient que la Commission a commis une erreur de droit en ne traitant pas des éléments de preuve d'ordre psychologique et des facteurs émotionnels, qui constituaient le point central de sa revendication—Demande rejetée—Après avoir passé en revue le rapport psychologique et l'ensemble de la preuve, la Cour n'est pas convaincue qu'il s'agissait là du point central de la revendication de la demanderesse—La Commission n'était pas tenue d'en traiter expressément, compte tenu des autres éléments de preuve et du reste de ses motifs—Aucune raison de modifier les conclusions de fait de la Commission—L'incapacité de gagner sa vie n'est pas l'un des cinq motifs énumérés à l'art. 2(1) de la Loi—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) «réfugié au sens de la Convention» (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1).

ORTIZ C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4416-01, 2002 CFPI 1163, juge Pinard, ordonnance en date du 13-11-02, 5 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (le tribunal), que le demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Convention—Le demandeur, un avocat spécialisé dans le domaine du travail, est un citoyen du Mexique qui soutient avoir une crainte fondée de persécution au Mexique par suite de ses opinions politiques—Le tribunal a conclu qu'il n'y avait pas suffisamment de preuves crédibles et dignes de foi que le demandeur a été victime de persécution—Le tribunal a conclu que même si les allégations de menaces, de kidnapping et d'attentat étaient véridiques, le

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

demandeur n'avait pas présenté de preuves manifestes et convaincantes qu'il ne disposait d'aucune protection au Mexique—Le tribunal a indiqué au demandeur que sa crédibilité n'était plus en cause et a donc commis une erreur susceptible de révision—Violation de la justice naturelle qui justifie le contrôle judiciaire—Violation sérieuse de la justice naturelle du fait que le tribunal a déclaré à l'avocat que la crédibilité et la possibilité de refuge intérieur n'étaient pas en question, pour ensuite arriver à une conclusion négative pour le demandeur sans lui avoir donné la possibilité de présenter au tribunal un point de vue contraire sur ces questions—Il est manifestement déraisonnable que le tribunal ait conclu que la déclaration du demandeur qu'il ne pouvait obtenir la protection efficace de l'État au Mexique n'était pas crédible—Demande accueillie.

MOYA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5436-01, 2002 CFPI 1147, juge Beaudry, ordonnance en date du 6-11-02, 12 p.)

Demande de contrôle judiciaire à l'égard d'une décision par laquelle la section du statut de réfugié (SSR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a refusé de reconnaître aux demanderesse le statut de réfugié au sens de la Convention—Les demanderesse sont des citoyennes de la Roumanie—La demanderesse Eleonora Toth allègue craindre avec raison d'être persécutée en Roumanie aux mains des Roumains de souche, du Service de sécurité roumain (SRI) et des autorités policières roumaines, du fait de son origine ethnique hongroise, de sa religion, à titre de membre de l'Église réformée, et de ses opinions politiques, à titre de membre de l'Union démocratique hongroise de Roumanie (UDMR)—Compte tenu des conclusions tirées quant à la crédibilité de la preuve et du témoignage de la demanderesse et compte tenu de la preuve documentaire présentée, la SSR a conclu qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve crédibles pour établir, suivant la prépondérance des probabilités, que la crainte de persécution de la demanderesse aux mains de la SRI ou des autorités policières est fondée—La crédibilité est une question de fait qui relève entièrement de la compétence du tribunal de la SSR en tant que juge des faits—Une cour chargée du contrôle judiciaire de la décision ne peut intervenir pour modifier les conclusions de fait du tribunal, à moins que cette décision ait été prise de manière abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments de preuve pertinents présentés—Le tribunal a fait erreur dans l'appréciation de la crédibilité et de la preuve de la demanderesse—La décision du tribunal semble fondée sur une mauvaise interprétation de la preuve en rapport avec la crainte de persécution de la demanderesse du fait de son origine ethnique hongroise, de sa religion et de ses opinions politiques—Il était déraisonnable pour le tribunal de conclure qu'il n'y

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

avait pas de preuve que les membres de l'Église réformée sont victimes de harcèlement en Roumanie et d'écarter pour ce seul motif cet aspect de la revendication de la demanderesse—Le tribunal a fait erreur dans ses conclusions en écartant la preuve pertinente qui soutenait le témoignage de la demanderesse—Quant à la conclusion selon laquelle la demanderesse n'était pas crédible, la SSR n'a pas fait état d'incohérences et de contradictions contenues dans son témoignage et elle a plutôt laissé entendre que des parties importantes de son témoignage n'étaient pas plausibles—Les décisions de la SSR doivent tenir compte de l'ensemble de la preuve contenue au dossier—La SSR est clairement tenue de justifier ses conclusions sur la crédibilité en faisant expressément et clairement état des éléments de preuve, particulièrement ceux qui sont pertinents aux allégations des revendicateurs—Les conclusions quant au manque de vraisemblance sont en soi des évaluations subjectives qui dépendent largement de l'idée que les membres du tribunal se font chacun de ce qui constitue un comportement sensé—Le tribunal a ou bien fermé les yeux sur des parties importantes de la preuve de la demanderesse, ou bien choisi simplement de ne pas croire cette preuve—Le tribunal a commis une erreur de droit en n'accordant aucune importance à la preuve psychologique de l'expert qui lui a dûment été présentée et en ne donnant aucun motif pour justifier le rejet de cette preuve dans son ensemble—Le rapport psychologique était si pertinent que le fait pour le tribunal de ne pas avoir fait état de cette preuve expressément dans ses motifs constitue une erreur capitale—Les conclusions quant au manque de vraisemblance que la SSR a tirées relativement à au moins deux aspects importants de sa décision n'étaient pas raisonnables et nécessitent l'intervention de la Cour—Demande accueillie.

TOTH C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-347-02, 2002 CFPI 1133, juge Rouleau, ordonnance en date du 1-11-02, 21 p.)

Résidents permanents

Contrôle judiciaire de la décision d'une agente des visas qui avait refusé la demande de résidence permanente présentée par le demandeur à titre de chef-cuisinier indépendant—La principale raison de la décision était que le demandeur ne répondait pas à la définition de «travailleur autonome», à l'art. 2(1) du Règlement sur l'immigration de 1978—Demande rejetée—Comme le demandeur n'avait pu donner aucune indication sur ce qu'il entendait faire, plutôt que sur la date à laquelle il entendait le faire, l'agente était fondée à conclure que ses propositions commerciales, qui étaient identiques dans leur contenu à celles qu'avaient présentées d'autres demandeurs dans la même situation que lui, n'étaient pas authentiques—L'agente des visas n'a pas commis d'erreur en ne tenant pas compte d'une certaine somme d'argent pour

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

déterminer l'avoir du demandeur, étant donné que le demandeur, qui avait ici la charge de la preuve, avait produit un relevé bancaire périmé après qu'on lui eut demandé de produire une information actuelle—Il n'y a pas eu manquement à l'équité procédurale—Cependant, l'agente des visas aurait dû tenir compte des biens fonciers chinois du demandeur—Il n'y a pas eu manquement à l'équité procédurale, mais plutôt mise à l'écart d'éléments de preuve—Même si le demandeur avait des moyens financiers suffisants, l'agente des visas a estimé que, vu son manque d'expérience, d'habileté et de connaissances, il n'avait pas la capacité d'établir une entreprise au Canada, et l'erreur ne viciait pas sa conclusion—L'agente des visas avait mentionné que le demandeur n'avait pas payé ses impôts aux États-Unis, un facteur hors de propos dans l'évaluation de la personnalité, mais elle l'avait fait au moment de considérer la taille des épargnes du demandeur, en faisant observer qu'elles avaient été facilitées par le non-paiement de l'impôt sur le revenu—La taille du compte d'épargne, dans la mesure où elle permet de prédire le succès économique d'un requérant au Canada, est utile dans l'évaluation de la personnalité—Aucune erreur n'a été commise dans l'évaluation de la personnalité du requérant—L'agente des visas n'a pas négligé d'évaluer le demandeur en conformité avec le Règlement; elle n'a pas commis d'erreur en se focalisant exclusivement sur la définition de «travailleur autonome», à l'art. 2(1) du Règlement, puisque le demandeur n'avait pas réussi, selon l'un ou l'autre des critères de la définition: l'agente des visas a estimé que l'entreprise projetée du demandeur au Canada ne contribuerait pas de manière significative à l'économie du Canada; et le demandeur n'avait pas une connaissance suffisante des affaires ni n'était en mesure d'établir avec succès une entreprise—Par ailleurs, le demandeur n'avait pas obtenu un nombre suffisant de points d'appréciation—L'agente des visas n'a pas commis d'erreur en n'exerçant pas son pouvoir discrétionnaire en faveur du demandeur—Le pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 11(3) du Règlement est exceptionnel, et un requérant doit demander à l'agent des visas concerné de l'exercer—Absence de circonstances inusitées pouvant convaincre la Cour de renvoyer l'affaire en ordonnant à l'agente des visas d'envisager l'exercice favorable de son pouvoir discrétionnaire—La définition de «travailleur autonome», à l'art. 2(1) du Règlement, n'est pas illégale, puisque le gouverneur en conseil est autorisé à prendre de tels règlements—L'insertion d'une exigence de «contribution significative» dans la définition n'est pas illégale: *Chan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 2 C.F. 612 (1^{re} inst.)—L'agente des visas n'a pas incorrectement appliqué la définition de «travailleur autonome» parce qu'elle s'est focalisée sur le fait que le demandeur n'avait pas l'expérience des affaires—L'agente des visas pouvait parfaitement conclure que le demandeur n'avait pas la capacité d'exploiter une entreprise au Canada et de conclure aussi que, au vu des éléments dont elle disposait, son entreprise ne contribuerait

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

pas de manière significative à la vie économique, culturelle ou artistique du Canada—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2(1) «travailleur autonome», 11(3) (mod. par DORS/97-184, art. 3).

ZHENG C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3898-00, 2002 CFPI 1115, juge Layden-Stevenson, ordonnance en date du 25-10-02, 19 p.)

Contrôle judiciaire du rejet, par une agente des visas, de la demande de résidence permanente au Canada présentée par le demandeur à titre d'ingénieur civil—Rejet justifié par le fait que le demandeur avait travaillé comme directeur de la construction et non comme ingénieur civil—Le demandeur conteste l'interprétation juridique du Règlement sur l'immigration de 1978 et le caractère raisonnable de la décision de l'agente des visas—Le demandeur, un citoyen de la Jordanie qui résidait aux États-Unis depuis 1992, a demandé l'autorisation d'immigrer au Canada à titre d'ingénieur civil—L'agente des visas ne lui a attribué aucun point d'appréciation pour l'expérience en tant qu'ingénieur ni aucun point pour le facteur professionnel—Le demandeur a reçu 63 des 70 points requis—Selon lui, il a droit à 8 points pour son expérience et à 5 points pour le facteur professionnel—L'agente des visas a décidé de n'attribuer aucun point au demandeur parce que celui-ci n'avait pas exercé un nombre substantiel des fonctions d'un ingénieur civil—L'agente des visas a interprété l'expression «un nombre substantiel des fonctions principales [. . .], dont les fonctions essentielles», à l'art. 4(1)b) de l'ann. I du Règlement, comme si elle signifiait que le demandeur devait avoir exercé la «majorité» des fonctions décrites dans la CNP pour satisfaire aux conditions d'emploi et d'expérience rattachées à la profession d'ingénieur civil—La «majorité» des fonctions n'est pas le bon critère—L'expression «[l]es ingénieurs civils exercent une partie ou l'ensemble des fonctions» est plus spécifique et apporte une précision au libellé plus général «un nombre substantiel»—L'expression «une partie» signifie plus d'une—Il n'est pas nécessaire d'examiner le caractère raisonnable de la décision—La décision est déraisonnable parce qu'elle contient des contradictions et qu'elle manque de clarté—Demande de contrôle judiciaire accueillie—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, ann. 1, art. 4(1)b).

A'BED C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-363-01, 2002 CFPI 1027, juge Kelen, ordonnance en date du 1-10-02, 12 p.)

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE**SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE**

Appel d'une ordonnance par laquelle la Section de première instance a rejeté la requête présentée par Sa Majesté en vue de

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE—Fin

faire radier de la déclaration des intimés le nom des agents de la GRC nommément désignés comme défendeurs—Les défendeurs sont un ancien agent d'infiltration et des membres de sa famille—L'identité de cet agent d'infiltration a été dévoilée au cours d'une opération de la GRC—Par suite du dévoilement de son identité, le fils de cet agent a été assassiné—La famille réclame la protection de la GRC en vertu du Programme de protection des témoins—Les intimés poursuivent Sa Majesté et cinq agents de la GRC et réclament un bref de *mandamus* enjoignant à Sa Majesté de les réintégrer dans le Programme—Sa Majesté a introduit une requête en vue de faire radier le nom des agents nommément désignés de la déclaration des intimés au motif que la Cour fédérale ne peut connaître des demandes visant des agents individuels—Critère permettant de savoir si une action peut être introduite devant la Cour fédérale: 1) il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral; 2) il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales; 3) la loi invoquée doit être «une loi du Canada» (*ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 R.C.S. 752)—Il ressort de l'art. 17(5)b) de la Loi sur la Cour fédérale que le législateur fédéral a conféré à la Cour fédérale le pouvoir de connaître des demandes visant des préposés de Sa Majesté—L'ensemble de règles de droit fédérales se trouve à l'art. 8 de la Loi sur le programme de protection des témoins—Si l'on applique l'affaire *Oag c. Canada*, [1987] 2 C.F. 511 (C.A.), la Cour a compétence pour statuer sur des réclamations individuelles—Distinction faite d'avec les affaires *Robinson c. Canada*, [1996] 2 C.F. 624 (1^{re} inst.), conf. à (1996), 120 F.T.R. 157 (C.A.), et *Varnam c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1988] 2 C.F. 454 (C.A.)—Les deuxième et troisième volets du critère de l'arrêt *ITO* sont satisfaits—L'appel est rejeté—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 17(5)b) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3)—Loi sur le programme de protection des témoins, L.C. 1996, ch. 15, art. 8a).

CANADA C. SMITH (A-534-00, 2002 CAF 348, juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 26-9-02, 9 p.)

COURONNE**RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE**

Action en dommages-intérêts pour blessures (contusions, lacérations, dent cassée, fréquence accrue de maux de tête pendant environ six mois par la suite) subies par un détenu lorsqu'il fut brutalement agressé par un codétenu alors qu'il occupait sa cellule dans l'unité d'isolement de l'établissement de Millhaven—Le demandeur affirme que les agents correctionnels ont négligé d'assurer sa sécurité et de venir promptement à son secours—La Couronne nie que ses agents aient commis une faute, affirmant que les blessures subies ont

COURONNE—Fin

été le résultat de l'acte autonome d'une tierce personne et que le demandeur devrait, en partie du moins, être tenu pour responsable de ses blessures parce qu'il était l'instigateur de l'agression—Le demandeur avait été accusé d'agression sexuelle sur son compagnon de cellule—Le demandeur a été lavé de l'accusation, mais, pour sa propre sécurité, il est resté dans l'unité d'isolement préventif car, une fois qu'un détenu est étiqueté délinquant sexuel, il ne peut plus jamais se sentir en sécurité dans le pénitencier—L'agent de service avait négligé de bien fermer la porte de la cellule d'un autre détenu et avait prématurément ouvert celle du demandeur, en contravention de la politique de l'unité d'isolement, mettant ainsi le demandeur en danger; l'autre détenu s'est dirigé en courant vers la cellule du demandeur, puis s'est mis à le battre et à le frapper durant deux ou trois minutes—Action accueillie—Il incombait aux agents correctionnels de l'unité d'isolement de surveiller avec un soin particulier les déplacements du demandeur et de réduire au minimum les possibilités de représailles de la part d'autres détenus—L'agent a négligé de verrouiller la porte de l'autre détenu avant d'entrouvrir celle du demandeur—La réaction des autres agents à l'incident était raisonnable, eu égard aux circonstances—S'agissant de la négligence contributive, la Couronne avait la charge de la preuve, mais elle n'a pas établi que le demandeur avait provoqué, ou contribué à provoquer, l'agression—Dommages-intérêts généraux pour douleurs et souffrances liées à des blessures, soit 5 000 \$.

GUITARE C. CANADA (T-1488-94, 2002 CFPI 1170, protonotaire Lafrenière, ordonnance en date du 12-11-02, 10 p.)

DROIT ADMINISTRATIF**CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Requête en vue de faire radier la demande de contrôle judiciaire, et de faire convertir la demande en action ou prolonger les délais applicables au dépôt de la demande en raison de la portée de la procédure—La demanderesse cherche à contester les effets de l'ajout de son nom au registre des Indiens conformément à l'art. 6(2) de la Loi sur les Indiens de 1985—La demanderesse prétend que, si elle épousait un non-Indien, ses enfants n'auraient pas droit au statut d'Indien inscrit en raison de l'effet combiné des art. 12(1)b) de la Loi sur les Indiens de 1970 et de l'art. 6(1) de la Loi sur les Indiens de 1985—La Cour ne radie une demande que dans des circonstances très exceptionnelles—L'absence totale de compétence est un cas exceptionnel—L'existence obligatoire d'une décision à examiner n'est pas une exigence absolue, mais il s'agit d'une exigence essentielle—Cette décision doit avoir un effet juridique quelconque ou déterminer de façon définitive un droit fondamental—De nombreuses décisions confirment que la Cour fédérale n'a pas compétence pour contrôler la décision du registraire d'ajouter ou de retrancher

DROIT ADMINISTRATIF—Fin

un nom du registre des Indiens—La décision du registraire fondée sur l'art. 14 de la Loi actuelle devient une décision définitive pouvant faire l'objet d'un contrôle une fois qu'il y a eu protestation, enquête et décision—Demande prématurée—La demanderesse prétend qu'une protestation n'entraînera aucune nouvelle décision, si elle ne fournit aucune preuve additionnelle et ce, quelle que soit l'enquête que le registraire pourrait faire—Anticiper la décision du registraire relève de la spéculation—Le registraire dispose d'une base de données qui pourrait produire d'autres documents pertinents—La requête est accueillie en partie et elle est ajournée en partie—Les actes de procédure sont supprimés, il est loisible à la demanderesse, une fois qu'elle disposera d'une décision définitive du registraire, de modifier la demande, les parties additionnelles de la requête sont ajournées, et les frais sont adjugés en faveur de la défenderesse, en tout état de cause—Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, ch. I-6, art. 12(1)b—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 6(1) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl), ch. 32, art. 4), (2) (mod., *idem*), 14 (mod., *idem*).

MOSES C. CANADA (T-685-02, 2002 CFPI 1088, notaire Hargrave, ordonnance en date du 17-10-02, 11 p.)

DROIT D'AUTEUR

Demande visant à obtenir une déclaration portant que la demanderesse (exécutrice testamentaire de la succession de l'auteur défunt) est la titulaire du droit d'auteur sur des livres—L'auteur a cédé de son vivant et pour toujours à la compagnie de production cinématographique intimée tous ses droits de publication et autres—L'enregistrement subséquent du droit d'auteur par une autre compagnie est radié parce que celle-ci n'a pas été représentée et n'a produit aucune preuve pour établir le droit de propriété—La demanderesse est la seule bénéficiaire du testament de l'auteur—La cession du droit d'auteur par l'auteur à l'intimé est valable pendant la vie de l'auteur plus 25 ans: Loi sur le droit d'auteur, art. 13(4)—La cession de la réversibilité du droit d'auteur est nulle: Loi sur le droit d'auteur, art. 14(1)—La réversibilité du droit d'auteur est dévolue à la demanderesse 25 ans après le décès de l'auteur—Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 13(4) (mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 10), 14(1).

WINKLER C. ROY (T-1842-00, 2002 CFPI 950, juge Gibson, ordonnance en date du 12-9-02, 32 p.)

DROIT MARITIME**CONTRATS**

La demanderesse Kirgan Holdings S.A. a intenté une action par voie de déclaration à l'encontre de *Panamax Leader* afin

DROIT MARITIME—Suite

d'obtenir le paiement du mazout lourd qu'elle a fourni—*Panamax Leader* appartenait à Pacific Pearl Co., immatriculée au port de Valletta, sous pavillon maltais—Le navire était sous la gestion d'une société grecque, la Cyprus Maritime Co. Ltd.—Étant donné que *Panamax Leader* a déchargé sa cargaison dans le port de Québec, un mandat a été déposé le 21 septembre 1999 à la demande de la demanderesse, ordonnant la saisie du navire—Le contrat d'achat de fuel marin a été établi entre Kirgan et Tor Shipping Limited—Kirgan a accepté de fournir du mazout lourd à différents navires pour lesquels Tor agissait à titre d'agent, particulièrement à *Panamax Leader*, affrété par Tonga Shipping Inc.—Les contrats d'approvisionnement en mazout indiquent que c'est le droit américain qui est applicable—La validité de la clause de désignation du droit applicable se trouve à la clause 13 du contrat—Les clauses concernant la désignation du droit applicable dans les contrats privés librement négociés, en l'absence de fraude, d'abus d'influence, ou de pouvoir de négociation disproportionné, sont valides—Comme les défendeurs n'ont pas réussi à prouver que la clause 13 était déraisonnable, cette clause sur la désignation du droit doit être respectée—La question est aussi de savoir si la demanderesse avait raison de présumer que le mazout lourd avait été livré sur le crédit du navire—Si la réponse est affirmative, les défendeurs sont liés par le contrat, donnant ainsi à la demanderesse le droit d'invoquer un privilège maritime à l'encontre de *Panamax Leader*—Le fournisseur n'a ni le devoir ni l'obligation de faire enquête pour déterminer quelle est la partie qui détient le véritable pouvoir—Le pouvoir présumé repose sur la possession du navire—En l'espèce, les affréteurs coque nue avaient la possession et le contrôle complet du navire à toutes les époques pertinentes, ce qui fait que la demanderesse avait le droit de s'appuyer sur le pouvoir présumé dont il est question dans l'arrêt *Tor Shipping Limited* pour lier le propriétaire du navire—La Partie IV de la charte-partie entre Tonga et *Panamax Leader* constitue une clause d'option d'achat, ce qui donne à Tonga le droit de grever le titre du propriétaire inscrit de *Panamax Leader*—La demanderesse était en droit de présumer que le mazout lourd a été livré sur le crédit du navire—Kirgan a donc établi une réclamation de privilège valable—Les deux parties sont de bonne foi—D'une part, la demanderesse a livré le mazout lourd à un affréteur coque nue, présumé propriétaire, et elle n'a pas été payée par celui-ci—Par ailleurs, les défendeurs n'étaient pas au courant de l'opération, mais ils doivent maintenant prendre en charge l'obligation que l'affréteur coque nue a contractée à l'égard de la demanderesse—*Panamax Leader* a bénéficié d'un avantage inattendu en recevant du mazout sans l'avoir payé et le fait de demander à son propriétaire d'assumer les frais de cet avantage n'est ni inéquitable ni incompatible avec les principes connus du droit maritime américain—La demanderesse a droit à sa réclamation qui équivaut à la valeur du fuel fourni—Les défendeurs sont condamnés à payer à la

DROIT MARITIME—Fin

demanderesse la somme de 123 914,74 \$CAN, majorée des intérêts au taux préférentiel demandé par les banques à charte canadienne le 31 mars 1999, majoré de 2 % par année—Réclamation accueillie.

KIRGAN HOLDING S.A. c. *PANAMAX LEADER* (LE)
(T-1684-99, 2002 CFPI 1235, juge Blais, jugement en date du 29-11-02, 21 p.)

ENVIRONNEMENT

Requête en vue de faire surseoir à l'exécution de la décision rendue le 23 septembre 2002 ([2003] 2 C.F. 288) par le juge Campbell de la Section de première instance jusqu'à ce qu'une décision ait été rendue au sujet de leur appel respectif—Le juge Campbell a interprété l'art. 74 de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (la Loi) et a déclaré que le Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement (le Décret) ne s'appliquerait plus (à l'exclusion de la Loi) aux projets entrepris sous le régime du Décret—Par conséquent, le juge Campbell a statué que le permis obtenu par Cogema pour le projet du lac McClean avait été délivré sans droit et était de ce fait invalide étant donné qu'aucune évaluation environnementale n'avait été effectuée en vertu de la Loi—Il a ordonné l'annulation du permis sous examen—Il découle logiquement de cette décision que le permis actuel pourrait lui aussi être considéré comme invalide—Suivant la CCEA (qui a été depuis remplacée par la Commission canadienne de sûreté nucléaire (CCSN)), cette situation a créé de l'incertitude en ce qui concerne la validité du permis actuel et la procédure de délivrance des permis—Requête accueillie—Les critères permettant d'accorder le sursis ont été respectés—Existence d'une question sérieuse à trancher quant à l'interprétation qu'il convient de donner de l'art. 74 de la Loi—Un préjudice irréparable pourrait être causé étant donné que l'application immédiate du jugement obligerait la CCSN à choisir entre deux solutions qui lui causeraient chacune un préjudice irréparable (si le permis actuel est annulé, la légitimité de la procédure de délivrance des permis serait remise en question; si la décision est annulée et qu'il est mis fin au projet, les répercussions seraient considérables sur Cogema, sur ses effectifs et sur l'industrie canadienne de l'uranium en général)—La prépondérance des inconvénients favorise nettement le maintien du statu quo, ce qui permettrait à la procédure de délivrance des permis de continuer dans l'intervalle à s'appliquer sans que la CCSN ne soit contrainte de faire face à la situation découlant de la décision du juge Campbell—Les éléments de preuve selon lesquels le projet ne comporterait pas de menaces particulières pour l'environnement au cours de la période intermédiaire ont été pris particulièrement en considération—Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37, art. 74—

ENVIRONNEMENT—Fin

Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467.

INTER-CHURCH COMMITTEE EDUCATIONAL
CO-OPERATIVE C. CANADA (COMMISSION DE CONTRÔLE DE
L'ÉNERGIE ATOMIQUE) (A-528-02, 2002 CAF 437, juge
Noël, J.C.A., ordonnance en date du 7-11-02, 4 p.)

FONCTION PUBLIQUE**PRACTIQUE**

Contrôle judiciaire d'une décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique (la CRTFP), qui avait refusé le renvoi d'une affaire par l'Alliance de la fonction publique du Canada (l'AFPC) selon l'art. 99 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique (la LRTFP), au motif que l'AFPC n'avait pas établi l'existence d'une obligation dans la convention collective aux fins de l'art. 99 de la LRTFP—Dans le contexte de la décision de la phase II du Tribunal des droits de la personne sur des plaintes en matière d'équité salariale, décision qui ordonnait que l'écart salarial pour les salaires directs soit calculé de manière à tenir compte du constat de discrimination, la CRTFP n'a pas accepté l'affirmation selon laquelle tous les avantages de nature salariale avaient été décidés à ce moment-là; la CRTFP a exprimé l'avis que la question avait été reportée à la phase III—Cependant, la phase III de l'instruction n'a jamais eu lieu car les parties ont entrepris de négocier un compromis et se sont entendues pour que les termes de l'accord régissent tous les aspects de la phase II et de la phase III se rapportant aux plaintes—À la requête des parties, le Tribunal des droits de la personne a rendu une ordonnance par consentement qui faisait état d'un accord portant résolution de tous les points restants de la phase II et de la phase III se rapportant aux plaintes déposées au nom des employés conformément à l'art. 11 de la Loi—Après la délivrance de l'ordonnance par consentement, l'AFPC a revendiqué divers autres avantages de nature salariale, que le Conseil du Trésor a refusés—Un renvoi s'en est suivi—La demande a été rejetée—Il incombait à la demanderesse de convaincre la CRTFP que l'ordonnance par consentement donnait effet à un accord selon lequel les avantages et indemnités précisés devaient être payés, avant que naisse une obligation selon la convention collective—La CRTFP était parfaitement fondée à dire que l'ordonnance par consentement était imprécise sur ce point et que l'existence de la présumée obligation n'avait pas été établie—Il est loin d'être évident que le protocole d'accord et l'ordonnance par consentement donnent naissance à une telle obligation—L'effet de l'ordonnance par consentement est restreint par les termes exprès du protocole d'accord, le résultat étant que ce qui n'est pas énoncé dans le protocole d'accord est exclu de l'ordonnance par consentement—Loi sur les relations de

FONCTION PUBLIQUE—Suite

travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 99 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 72).

ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (A-473-01, 2002 CAF 447, juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 13-11-02, 6 p.)

PROCÉDURE DE SÉLECTION*Concours*

Demande de contrôle judiciaire à l'encontre du rapport d'enquête de l'enquêteur de la Commission de la fonction publique du Canada (CFPC) selon lequel le demandeur n'a pas réussi à démontrer le bien-fondé de son allégation à l'effet qu'on aurait injustement refusé de lui accorder une entrevue pour certains postes au sein de Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC)—En décembre 1999, TPSGC a initié un processus de dotation pour combler approximativement une quarantaine de postes d'analystes financiers—Le 29 mars 2000, le demandeur a fait parvenir quatre demandes de candidature comprenant un curriculum vitae ainsi qu'une courte lettre d'explications—Toutes les demandes furent remises à TPSGC le 10 avril 2000—Étant donné l'envergure de ces concours, TPSGC consulta la CFPC afin de diminuer le nombre de candidats potentiels pour les entrevues—La CFPC recommandait l'utilisation de deux examens—Afin d'être éligible à passer ces examens, chaque candidat devait satisfaire trois conditions (demande dans les délais; zone de concours; études)—Entre le 27 mai et le début d'août 2000, TPSGC corrigeait l'examen de compétence générale—À ce stade, 51 candidatures, dont celle du demandeur, étaient rejetées et ce malgré le résultat obtenu lors de l'examen—Le 23 août 2000, le demandeur a téléphoné à la responsable de la coordination des étapes desdits concours—Lors de cette conversation, le demandeur a été informé que sa candidature était rejetée puisqu'elle ne rencontrait pas les critères d'expérience requis—Le 17 novembre 2000, le demandeur a fait une demande d'enquête à la Direction générale (Direction) des recours de la CFPC afin de faire étudier la gestion de sa candidature aux concours—L'enquêteur a-t-il commis une erreur en concluant que le demandeur n'avait pas donné suffisamment d'information lors de son inscription aux concours afin de démontrer qu'il avait acquis l'ensemble de l'expérience exigée pour ces postes—Le rôle de l'enquêteur était d'évaluer si la décision du Ministre de rejeter la candidate du demandeur était justifiée—L'examen n'était pas l'unique critère de présélection afin d'être convoqué pour l'entrevue—Il est évident qu'aucune erreur de droit n'a été commise par l'enquêteur dans ses conclusions relatives au principe du mérite—Le demandeur prétend ensuite que l'enquêteur a rendu un rapport fondé sur des faits erronés

FONCTION PUBLIQUE—Suite

et est arrivé à des conclusions arbitraires sans tenir compte d'éléments pertinents dont il disposait—Si le demandeur avait voulu créer un lien précis entre le fait d'avoir travaillé en tant que vérificateur-comptable, il était de sa responsabilité d'en faire mention de façon précise—De plus, le fait que l'enquêteur ait conclu que le demandeur satisfaisait un des quatre critères d'expérience requis, démontre bien son attention particulière aux éléments pertinents du dossier devant lui—Le demandeur ne s'est pas classé au mérite pour une nomination à l'un des postes d'analystes de système financier—L'enquêteur, dans son évaluation, a tenu compte de tous les éléments pertinents dont il disposait et n'a commis aucune erreur pouvant donner ouverture à l'intervention de cette Cour—Demande rejetée.

NAULT C. CANADA (COMMISSION DE LA FONCTION PUBLIQUE) (T-899-01, 2002 CFPI 1297, juge Blais, ordonnance en date du 13-12-02, 17 p.)

Principe du mérite

Demande de contrôle judiciaire de la décision interlocutoire d'un comité d'appel de la Commission de la fonction publique concluant que le ministère-employeur n'avait pas créé de nouveaux postes dans le cadre d'une modification de la structure administrative des postes de direction au sein de tous les Centres de ressources humaines du Canada (CRHC) au Québec, en abolissant un niveau de gestion (directeur associé PM-05), en transférant aux PM-04 (directeurs de service) les tâches afférentes au poste aboli et en procédant à la reclassification des employés de PM-04 dans les postes de PM-05 en vertu de l'art. 10(2) de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique (LEFP)—Cette décision avait pour conséquence de permettre une sélection des candidats au mérite individuel en vertu de l'art. 10(2) de la LEFP—Les demandeurs sont des candidats potentiels à une sélection en vertu du mérite relatif (art. 10(1) de la LEFP) puisqu'ils sont dans la zone de sélection pour les postes en question—Rejetant une objection du Ministère à cet égard, le comité d'appel a décidé que la question de savoir s'il s'agit de postes nouveaux ou de postes existants est une question qui peut et doit être tranchée par un comité d'appel—Le comité d'appel a-t-il erré en droit en concluant qu'il avait la compétence nécessaire pour déterminer si les postes en litige étaient des postes reclassifiés ou des nouveaux postes?—Demande rejetée—Le seul rôle du comité d'appel est de déterminer si une nomination proposée par un jury de sélection a été faite selon le principe du mérite—Toute compétence ancillaire qu'il pourrait détenir doit se greffer à ce rôle unique qui est le sien—S'il est appelé à se prononcer sur le bien-fondé des méthodes de sélection prévues à l'art. 10(1) et (2), il doit à tout le moins en arriver à la conclusion que le principe du mérite serait mieux servi si les nominations étaient faites sur

FONCTION PUBLIQUE—Fin

la base du mérite relatif prévu à l'art. 10(1) plutôt que sur la base du mérite individuel prévu à l'art. 10(2)—Or la Cour d'appel fédérale a décidé qu'il n'y avait pas de hiérarchie dans les méthodes de sélection: *Canada (Procureur général) c. Laidlaw* (1998), 237 N.R. 1 (C.A.F.)—Il devient donc impossible pour le comité d'appel d'accueillir un appel au motif que le principe du mérite individuel viole le principe du mérite puisque cette méthode de sélection n'est pas inférieure à l'autre—Le comité d'appel n'avait donc pas la compétence nécessaire pour décider si les postes étaient reclassifiés ou des nouveaux postes: *Beaudry c. Canada (Procureur général)* (2000), 180 F.T.R. 279 (C.F. 1^{re} inst.), décision confirmée à (2000), 264 N.R. 389 (C.A.F.)—Le comité d'appel n'avait donc pas la compétence nécessaire pour se pencher sur la validité de la décision prise par un agent de classification de reclassifier, aux termes de l'art. 11(2) de la Loi sur la gestion des finances publiques, les postes en litige—Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 11(2)—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 10(1), (2) (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 10).

LAROSE C. CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL) (T-1007-01, 2002 CFPI 1106, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 22-10-02, 18 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU***Déductions*

Contrôle judiciaire de la décision (2001 D.T.C. 168) par laquelle la Cour canadienne de l'impôt avait accueilli l'appel interjeté par le contribuable—Première question: le montant versé à un collègue en vertu d'une convention d'achat de clientèle de conseiller financier (la liste de clients) constitue-t-il une dépense courante déductible ou un paiement non déductible au titre du capital (dépense en capital) eu égard à l'art. 8(1)f(iv) et (v), de la Loi de l'impôt sur le revenu?—Deuxième question: les intérêts sur le prêt contracté pour l'achat de la liste de clients constituent-ils une dépense courante déductible ou s'agit-il d'une dépense en capital non déductible?—Le contribuable avait acheté une liste de clients d'un collègue—Il avait déduit un certain pourcentage du prix d'achat et la somme payée au titre des intérêts et de l'assurance en tant que dépenses courantes pour l'année d'imposition—Le MRN avait refusé ces déductions—Les sommes dépensées pour gagner un revenu peuvent être déduites (Loi de l'impôt sur le revenu, art. 8(1)f), mais les dépenses en capital ne sont pas déductibles (art. 8(1)f(v))—Le ministre a concédé qu'à l'exception de l'art. 8(1)f(v), le contribuable satisfaisait à toutes les exigences de l'art. 8(1)f—Le montant versé, les intérêts et l'assurance constituaient des dépenses en capital et n'étaient donc pas déductibles—La

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

Cour de l'impôt a conclu que le montant versé pour l'achat n'avait pas été versé pour obtenir un actif ou avantage profitant à une entreprise de façon durable—Le paiement faisait partie des dépenses récurrentes, de sorte qu'il s'agissait de frais de commercialisation courants qui étaient déductibles—La Cour de l'impôt a fait une distinction à l'égard d'une série de décisions en se fondant sur le fait que le contribuable et le vendeur étaient des employés d'une société—La présente Cour ne pouvait faire aucune distinction à l'égard des décisions; il a été conclu dans la jurisprudence que le montant payé pour une liste de clients constituait une dépense en capital—L'application de critères résumés dans *John-Mansville Canada Inc. c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 46, donnait lieu à une conclusion différente de celle à laquelle la Cour de l'impôt était arrivée—Les critères tendent à démontrer que le paiement en l'espèce devait être traité comme une dépense en capital—Rien ne permet de faire une distinction sur la base du statut d'employé; il n'existe aucune raison pour laquelle la dépense peut être imputable au capital si elle est engagée par les propriétaires d'une entreprise, alors qu'il s'agit d'une dépense de commercialisation si elle est engagée par les employés—La participation de l'employeur à l'opération ne change rien à la nature du paiement—Le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur en faisant une distinction à l'égard de la jurisprudence—Les intérêts sur l'argent emprunté constituent une dépense en capital non déductible—La jurisprudence de la Cour suprême et le code portant sur la déductibilité d'intérêts de la Loi de l'impôt sur le revenu empêchent la déductibilité de pareils frais—Si ce n'était de la jurisprudence et de la législation, les intérêts devraient représenter une dépense courante—La Cour de l'impôt ne pouvait pas conclure que les intérêts étaient une dépense courante: *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Canada Safeway Limited v. Minsiter of National Revenue*, [1957] R.C.S. 717; *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32—Il serait peut-être opportun pour la Cour suprême de reconsidérer la question de la qualification des intérêts en tant que dépense en capital ou en tant que dépense courante: *Shell* (précité); *Tenant c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 305—Toutefois, les tribunaux d'instance inférieure doivent respecter la common law tant que pareil examen n'aura pas lieu—La Cour de l'impôt était d'avis que les intérêts prenaient le caractère d'un montant principal; la présente Cour n'était pas d'accord et de toute façon elle a conclu que le principal constituait une dépense en capital—Le libellé employé par le législateur donne à entendre que les intérêts sont des dépenses en capital—Les art. 8(1)f) et 20(1)c) ainsi que les autres dispositions de la Loi de l'impôt sur le revenu constituent un code exhaustif relatif à la déductibilité des intérêts, du moins lorsque l'emprunt est contracté pour des fins de capital—Le législateur n'a pas répudié la jurisprudence de la Cour suprême relative à la déductibilité des intérêts—Il faut tenir compte de l'objet de l'emprunt ou de l'emploi des fonds au

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

cours de la période pertinente: *Wharf Properties Ltd. v. Commr of Inland Revenue*, [1997] 2 W.L.R. 334 (P.C.); toutefois, cela ne veut pas nécessairement dire que les intérêts sur les fonds empruntés à des fins de capital sont toujours une dépense en capital, alors que les intérêts sur les fonds servant à des dépenses courantes sont toujours une dépense courante—En général, les intérêts payés sur les fonds employés en vue de créer un actif sont inclus dans les autres dépenses et sont donc une dépense en capital—Cependant, il faut examiner l'objet de l'emprunt pour la période pertinente—Si ce n'était de la Loi de l'impôt sur le revenu et de la jurisprudence de la Cour suprême, les intérêts payés par le contribuable devraient être traités comme une dépense courante et seraient donc déductibles—Appel accueilli—Impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 8(1)f(iv),(v),j), 20(1)c).

CANADA C. GIFFORD (A-191-01, 2002 CAF 301, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 12-8-02, 44 p.)

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) ((2001), 2001 DTC 586) accueillant l'appel de la contribuable contre d'une cotisation d'impôt, statuant que l'intimée avait droit, dans le calcul de son revenu, à une perte déductible au titre d'un placement d'entreprise (PDTPE) de 46 657 499 \$—L'appelante soulève la règle générale anti-évitement (RGAE) et prétend que l'avantage fiscal obtenu par l'intimée entraînait un abus dans l'application de la Loi lue dans son ensemble—L'intimée faisait partie d'un groupe de sociétés (Groupe Donohue) contrôlées par Donohue Inc. (Donohue)—À partir de 1988, le Groupe Donohue a investi des sommes considérables dans Donohue Matane Inc. (DMI) pour la construction d'une usine de pâte à papier, les améliorations apportées à quatre scieries et les opérations de ces usines—Pour ce projet, Donohue s'est associée à la Société de récupération, d'exploitation et de développement forestier du Québec (Rexfor), chacun détenant 50% des actions ordinaires de DMI (62 150 000 actions reflétant un investissement de 62 150 000 \$)—Suite à la dégringolade du prix de la pâte à papier en 1991, le placement de Donohue dans DMI n'avait plus aucune valeur alors que le prix de base rajusté des actions qu'elle détenait se situait à 62 210 000 \$—Afin de réaliser la perte économique résultant de ce placement, Donohue, avec la collaboration de Rexfor, a procédé à une restructuration de son placement dans DMI—Appel rejeté—L'aspect fiscal à retenir est qu'elle fut structurée afin de maintenir à 62 210 000 \$ le prix de base rajusté des actions de DMI et de produire entre les mains de l'intimée une PDTPE de l'ordre de 46 675 499 \$ (75% de la perte enregistrée) qu'elle était en mesure d'utiliser pleinement à l'encontre de ses revenus de l'année 1990—La contribuable a concédé devant la C.C.I. que l'opération en question était une opération d'évitement au sens de l'art. 245(3) et qu'elle a

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

procuré à l'intimée un avantage fiscal au sens de l'art. 245(1)—Elle a cependant réussi à convaincre le juge de la C.C.I. que cette opération n'entraînait pas d'abus dans l'application des dispositions de la Loi—Le premier juge a refusé, à bon droit, de reconnaître l'existence d'un principe invoqué par l'appelante (que la Loi lue dans son ensemble envisagerait une forme d'appariement entre la valeur des biens d'une société et la valeur des actions de cette société de sorte qu'il n'y aurait pas eu de «disposition réelle» ou de perte «réalisée réellement»)—Application de l'affaire *OSFC Holdings Ltd. c. Canada*, [2001] 2 C.F. 288 (C.A.) et *Water's Edge Village Estates (Phase II) Ltd. c. Canada*, [2003] 2 C.F. 25 (C.A.): la Cour doit être certaine que, même si les mots utilisés par le législateur autorisent l'opération d'évitement, la politique générale qui sous-tend les dispositions pertinentes ou la Loi lue dans son ensemble est suffisamment claire pour permettre à la Cour de conclure sans danger que l'application de la disposition ou des dispositions par le contribuable constituait un abus—Or, après une analyse exhaustive, force est de constater que non seulement il n'y avait pas de politique claire et non ambiguë, mais que le principe sur lequel se fonde le ministre n'existe tout simplement pas—Selon le droit des sociétés, les biens d'une société par actions appartiennent à la société et non pas aux actionnaires—Donc, un gain ou une perte peut être réalisé à un même moment par un actionnaire à l'égard de ses actions et par la société à l'égard de ses propres biens—Il n'existe pas de principe qui permettrait de consolider l'effet de ces transactions en les appariant—Le principe qui sous-tend la Loi, s'il en est un est contraire à celui invoqué par le ministre—En fin d'analyse, dès lors qu'il est reconnu que la vente des actions par DSF à Cédrico Inc. s'est effectuée à distance et qu'elle constate une réelle diminution de valeur, il devient impossible de prétendre que l'opération visée par le ministre comporte un abus quelconque au sens de l'art. 245(4)—Or, la preuve révèle qu'en acquérant les actions de DMI, les dirigeants de Cédrico Inc. ont obtenu exactement ce qu'ils voulaient—Il n'y avait pas de lien de dépendance entre Cédrico Inc. et le Groupe Donohue—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 245(1),(3),(4).

CANADA C. PRODUITS FORESTIERS DONOHUE INC. (A-502-01, 2002 CAF 422, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 1-11-02, 12 p.)

PÉNALITÉS

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'Agence des douanes et du revenu du Canada (l'ADRC) a rejeté la demande que la demanderesse avait faite pour qu'il soit renoncé aux intérêts sur son compte d'impôt sur le revenu conformément à l'art. 220(3.1) de la Loi de l'impôt sur le revenu—La demanderesse affirmait que le ministre avait

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

employé une méthode irrégulière en arrivant à la décision de ne pas renoncer aux intérêts—L'art. 220(3.1) de la Loi confère au ministre un pouvoir discrétionnaire pour ce qui est de la renonciation aux pénalités ou intérêts ou de leur annulation—Le ministre n'est pas tenu d'y renoncer ou de les annuler—Dans le cadre d'un contrôle judiciaire, la Cour doit déterminer si le ministre, ou son représentant légal, a exercé son pouvoir discrétionnaire de la façon appropriée—La norme de contrôle est celle du caractère manifestement déraisonnable—La Loi ne prévoit aucune procédure et aucun facteur à suivre ou à prendre en considération lorsque le ministre rend une décision en vertu de l'art. 220(3.1)—L'argument selon lequel la demanderesse n'était pas au courant du montant exigible ne pouvait pas être retenu—La Loi confère au ministre le pouvoir d'autoriser un fonctionnaire ou une catégorie de fonctionnaires à exercer les pouvoirs et fonctions qui lui sont conférés en vertu de l'art. 220(3.1)—L'examen effectué par M^{me} Bemister, chef des appels au bureau de Vancouver, était approprié—Rien dans le dossier ne donne à entendre que l'ADRC ait agi de mauvaise foi—La question du retard excessif a implicitement été prise en considération, car autrement M^{me} Bemister n'aurait pas eu à tenir compte de la «complexité des questions de droit», facteur sur lequel portaient l'opposition et l'appel—Demande rejetée—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. VIII, art. 127(2)).

METRO-CAN CONSTRUCTION LTD. C. CANADA (T-714-02, 2002 CFPI 1171, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 13-11-02, 10 p.)

SAISIES

Le ministre du Revenu national a exécuté des certificats concernant des montants dus par le contribuable sous le régime de la Loi de l'impôt sur le revenu et de la Loi sur la taxe d'accise—Les certificats étaient réputés être des jugements exécutoires de la Cour fédérale en vertu de ces deux lois—Des marchandises appartenant au contribuable ont été saisies pour régler la dette—Application de la décision *Marcel Grand Cirque Inc. c. M.R.N.* (1995), 107 F.T.R. 18 (C.F. 1^{re} inst.): la Cour n'a aucune compétence à l'égard de l'exécution des certificats; toutefois, la question de l'exécution forcée de ces certificats relève de la compétence de la Cour et doit être effectuée conformément à l'art. 56 de la Loi sur la Cour fédérale et à la règle 423 des Règles de la Cour fédérale (1998)—Les biens d'un débiteur peuvent être grevés d'une sûreté grâce à un «extrait» conformément à l'art. 223(5) de la Loi de l'impôt sur le revenu et à l'art. 316(4) de la Loi sur la taxe d'accise—Un «extrait» est un document «délivré» par la Cour fédérale—Rien dans la preuve n'indique que la Cour fédérale a délivré un document (tel un bref)—La procédure appropriée aurait été pour le ministre d'obtenir un bref de la

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

Cour fédérale afin de faire saisir les biens—Le ministre n'ayant pas suivi la procédure appropriée, la saisie était irrégulière et les marchandises doivent être retournées au contribuable—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 223(5) (mod. par L.C. 1998, ch. 19, art. 224(2))—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 316(4) (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 2000, ch. 30, art. 94)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 56 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 18)—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 423.

PICCOTT (RE) (TPS-5104-01, LIR-12574-01, 2002 CFPI 1116, juge Heneghan, ordonnance en date du 25-10-02, 14 p.)

INJONCTIONS

Demande visant à obtenir une injonction interlocutoire ordonnant aux défendeurs de ne prendre aucune nouvelle mesure visant à conclure ou à mettre en œuvre l'accord définitif visé par la demande introductive d'instance jusqu'à ce que certaines conditions soient remplies—Le 7 janvier 2000, les défendeurs ont signé un accord de principe—Cet accord devait mener à la conclusion d'un accord définitif qui, une fois ratifié, le cas échéant, constituera un accord sur des revendications territoriales globales et l'autonomie gouvernementale au sens de l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 en ce qui concerne la région North Slave (NSR) dans les Territoires du Nord-Ouest (T.N.-O.)—Le demandeur Clem Paul est un Métis résidant à Yellowknife (T.N.-O.)—Il n'est ni un Dogrib ni d'ascendance Dogrib—L'Alliance Métis North Slave (l'Alliance) a été constituée en novembre 1996 et regroupe trois organisations de Métis de la NSR—Le 12 avril 2001, les demandeurs ont introduit une action contre les défendeurs, prétendant que les Métis indigènes de la NSR, descendants des familles métisses qui s'étaient installées aux abords de la rivière Rouge au Manitoba, sont un peuple autochtone à part entière—Les défendeurs ne reconnaissent pas l'existence des Métis indigènes de la NSR à titre de collectivité ou de peuple autochtone distinct disposant de droits et de titres ancestraux dans la NSR—Les demandeurs doivent satisfaire au critère à trois volets applicable à la délivrance d'une injonction interlocutoire : 1) que leur demande comporte une question sérieuse, 2) qu'en l'absence d'une injonction, ils subiront un préjudice irréparable et 3) que la prépondérance des inconvénients joue en leur faveur—La Cour ne prononcera pas d'injonction interlocutoire contre la Couronne ou contre un ministre de la Couronne dans les affaires constitutionnelles, sauf dans certaines circonstances exceptionnelles, lorsque le juge saisi de la requête peut décider du fond de la demande au stade interlocutoire, ce qui n'est pas le cas en l'espèce—Une injonction interlocutoire ne peut être prononcée contre le Canada—Le gouvernement des T.N.-O.

INJONCTIONS—Suite

ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait de convaincre la Cour qu'elle n'a pas compétence pour prononcer une injonction interlocutoire à son encontre—L'objection préliminaire soulevée par le gouvernement des T.N.-O. est rejetée—Le recours des demandeurs n'est pas entaché d'un vice irrémédiable (la prématurité) qui empêcherait ceux-ci d'obtenir une injonction interlocutoire visant à interdire la poursuite des négociations pour la conclusion d'un accord définitif entre les défendeurs concernant la Nation Dogrib—Les violations de droits alléguées par les demandeurs ne sont pas fondées sur une mesure législative mais sur des droits ancestraux allégués qu'il reste à établir—Le critère de la question sérieuse n'est pas un critère strict, particulièrement dans les cas qui concernent la Charte, en raison de la difficulté inhérente à juger de questions de fait et de droit complexes sur la foi des quelques éléments de preuve disponibles au stade de l'injonction interlocutoire—Les demandeurs soutiennent que leur demande soulève plusieurs questions sérieuses—Les questions soulevées par les demandeurs sont sérieuses—Les demandeurs ont satisfait aux exigences minimales du critère de la question sérieuse—Il incombe aux demandeurs d'établir le préjudice irréparable qu'ils subiront au cas où l'injonction ne serait pas accordée—La preuve doit être claire et ne pas reposer sur des conjectures—Les demandeurs doivent démontrer qu'ils subiront un préjudice irréparable au cours de la période comprise entre ce jour et la date de l'instruction, préjudice auquel la Cour ne pourrait pas remédier au cas où la demande serait accueillie—La plupart des éléments de preuve visant à établir un préjudice irréparable déposés par M. Paul ont trait aux conséquences à long terme et non à court terme, soit pendant la période comprise entre aujourd'hui et la date de l'instruction sur le fond—La clause de préservation des droits contenue dans l'accord assure, de manière générale, que les ajustements nécessaires seront apportés afin de tenir compte des droits que la Cour pourrait éventuellement reconnaître aux Métis indigènes de la NSR—Les différents arguments des demandeurs concernant le préjudice irréparable à court terme reposent sur une interprétation erronée de l'objet et de la portée de l'accord définitif et sur des prétentions inexactes—Dans plusieurs cas, la crainte de préjudice est conjecturale—L'accord définitif ne porte pas sur les droits qu'ont les Métis indigènes dans la NSR, mais plutôt sur le règlement des droits de la Nation Dogrib vivant principalement dans les quatre collectivités Dogrib situées dans la NSR—Les demandeurs n'ont pas établi l'existence d'un préjudice irréparable justifiant le prononcé d'une ordonnance interlocutoire durant le court délai qui sépare ce jour de l'instruction de la demande sur le fond—Dans tous les litiges de nature constitutionnelle, l'intérêt public doit être considéré dans l'appréciation de la prépondérance des inconvénients—Les défendeurs subiraient un préjudice plus grand si l'injonction était accordée que celui que subiraient les demandeurs si elle était refusée—L'intérêt public milite largement en faveur des défendeurs—Un autre

INJONCTIONS—Fin

argument important qui penche en faveur des défendeurs est le délai des demandeurs à entreprendre leur recours—Demande rejetée—Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35.

PAUL C. CANADA (T-646-01, 2002 CFPI 615, juge Lemieux, ordonnance en date du 31-5-02, 87 p.)

LANGUES OFFICIELLES

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le commissaire aux langues officielles avait rejeté la plainte que le demandeur avait déposée à l'encontre de la classification du poste de maître de poste à plein temps pour Postes Canada à Coderre (Saskatchewan) comme étant «bilingue, nomination impérative»—Le demandeur, qui travaillait à cet endroit comme maître de poste sur une base temporaire, n'était pas admissible parce qu'il ne satisfait pas à l'exigence linguistique—Demande rejetée—Selon le droit applicable au moment où la décision relative à l'affichage a été prise par Postes Canada, avant le 1^{er} décembre 1992, l'exigence législative la plus importante à satisfaire, lorsqu'il s'agissait de déterminer si un poste était bilingue, se rapportait à la question de savoir s'il existait une «demande importante» au sens de l'art. 22b) de la Loi sur les langues officielles—Postes Canada avait établi ses propres critères pour déterminer s'il existait une «demande importante» : si la population de la langue officielle minoritaire était de 500, ou 10 p. 100 de la population totale d'un secteur donné—Postes Canada avait utilisé le recensement de 1991 (selon lequel, 33,8 p. 100 de la population de Coderre déclarait que le français était sa langue officielle) comme fondement factuel et avait conclu qu'il y avait une «demande importante»—Il s'agissait d'une conclusion raisonnable, tirée de façon appropriée compte tenu de la législation applicable—Quant à l'argument selon lequel le Règlement sur les langues officielles—Communications avec le public et prestation des services exigeait l'utilisation des chiffres du recensement de 1986 plutôt que ceux de 1991, le Règlement n'était pas en vigueur au moment où la classification a été établie étant donné qu'il est entré en vigueur le 16 décembre 1992—Même si le Règlement s'appliquait, le compte linguistique du recensement de 1991 a été publié le 15 septembre 1992—Par conséquent, l'art. 5(1)p) du Règlement était la disposition qu'il convenait d'appliquer et l'argument relatif à l'application des chiffres du recensement de 1986 a été rejeté—Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31, art. 22b)—Règlement sur les langues officielles, DORS/92-48, art. 5(1)p).

MARCHESSAULT C. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES (T-1463-00, 2002 CFPI 1202, juge Campbell, ordonnance en date du 22-11-02, 8 p.)

ORGANISMES DE BIENFAISANCE

Appel portant sur la révocation de l'enregistrement de l'Action des Chrétiens pour l'abolition de la Torture (l'ACAT) à titre d'organisme de bienfaisance au sens de l'art. 149.1(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu (LIR)—L'ACAT a été constituée en corporation en vertu de lettres patentes délivrées par l'Inspecteur des institutions financières du Québec—L'objet de la constitution de l'ACAT est l'abolition de la torture partout dans le monde—Le ministre reconnaît l'ACAT comme un organisme de bienfaisance enregistré depuis le 16 septembre 1986—Le 21 novembre 2000, suite à de nombreux échanges et rencontres avec des représentants de l'ACAT, le ministre transmet à l'ACAT un avis d'intention de révoquer son enregistrement parce que le libellé des objets de l'ACAT pourrait lui permettre de poursuivre des fins de nature politiques—L'ACAT invite la Cour à décider que la noblesse et la reconnaissance nationale et internationale d'une cause défendue par un organisme de bienfaisance justifie l'emploi de moyens de pression qui, dans le contexte d'une cause socialement ou politiquement controversée, ne seraient pas acceptés parce qu'ils seraient assimilés à des activités politiques—La démarche que doit suivre le ministre lorsqu'il est appelé à enregistrer un organisme de bienfaisance, ou à révoquer l'enregistrement, a été expliquée dans *Vancouver Society of Immigration and Visible Minority Women c. M.R.N.*, [1999] 1 R.C.S. 10—L'examen porte non seulement sur les activités de l'organisme, mais aussi sur les fins qu'il poursuit—En principe, l'organisme doit être constitué exclusivement à des fins de bienfaisance; il ne sera cependant pas disqualifié du seul fait qu'une des fins poursuivies n'en est pas une de bienfaisance; cette fin, en réalité, n'est qu'un moyen de réaliser les fins de bienfaisance; cette fin, autrement dit, ne constitue pas une fin en elle-même, mais serait une fin accessoire aux fins de bienfaisance plutôt qu'une fin parallèle—Il faut prendre en compte les activités exercées au moment de l'examen afin de voir si l'organisme n'a pas, depuis sa constitution, adopté d'autres fins qui ne seraient pas des fins de bienfaisance—L'organisme peut exercer des activités politiques dans la mesure où elles sont accessoires aux fins de bienfaisance et où elles ne représentent pas plus qu'un pourcentage, estimé à quelques 10% par le ministre, des activités globales de l'organisme—Les conclusions du ministre à l'effet que certaines des activités de l'ACAT constituaient des moyens de pressions politiques à l'égard d'autorités politiques sont essentiellement des conclusions de fait—La Cour siégeant en appel de la décision du ministre ne saurait intervenir à l'égard de ces conclusions que s'il y avait erreur manifeste—Aucune erreur n'a été démontrée—Cependant, la qualification de ces moyens de pression en tant qu'activités politiques au sens de la jurisprudence et de la loi est une conclusion de droit qui appelle la norme de la décision correcte—En l'espèce, il s'agit de qualifier les activités de l'ACAT et de déterminer si le ministre a commis une erreur en faisant la qualification des activités—Exemples du genre

ORGANISMES DE BIENFAISANCE—Fin

d'activités contre lequel l'ACAT avait été mise en garde avant son enregistrement et qu'elle s'est résolument employée à exercer sitôt l'enregistrement obtenu—Le ministre a fondé sa décision de révoquer l'enregistrement sur le fait que ces autres activités étaient de nature politique—En droit, de la bienfaisance les meilleures intentions du monde ne suffisent pas et ensuite, bienfaisance et politique ne font pas bon ménage—C'est par souci de réalisme politique que les tribunaux et le Parlement ont développé ces concepts de fins politiques accessoires et d'activités politiques accessoires sans lesquels bon nombre des organismes de bienfaisance ne sauraient opérer—La jurisprudence s'est surtout préoccupée de fins politiques dans des cas où la fin recherchée était socialement ou politiquement controversée et exigeait à toutes fins utiles des changements de nature législative à l'égard desquels cela les tribunaux ne voulaient pas intervenir parce que cela les forcerait à prendre position et à ainsi compromettre leur impartialité—Au regard de la jurisprudence, l'exercice de pression morale sur des gouvernements est une fin ou une activité politique—Le Parlement du Canada a pris le soin d'ajouter à la LIR une disposition codifiant le droit commun jurisprudentiel permettant de résoudre de manière beaucoup plus certaine—L'art. 149.1(6.2) LIR a pour objectif d'une part de s'assurer que les organismes de bienfaisance ne pourraient d'aucune manière s'adonner à quelque activité partisane que ce soit, directement ou indirectement, et d'autre part de permettre aux organismes de bienfaisance de s'adonner, dans une proportion (établie en pratique à quelques 10%) de des activités accessoires non partisans de leur choix—Les mots «activités politiques» visent toute tentative d'influencer un gouvernement ou un membre du gouvernement ou, là où il y a une démocratie, un membre du parlement dans des domaines où ces organismes ou personnes sont politiquement en mesure de donner suite aux pressions qu'ils subissent—L'exercice de pressions sur des gouvernements ou des membres du gouvernement par l'envoi de lettres et des cartes postales relativement à des questions d'actualité constitue une activité politique au sens large où l'entend l'art. 149(6.2)—Cette activité sera interdite à un organisme de bienfaisance si elle est partisane—Elle sera permise si elle n'est pas partisane à condition qu'elle ne soit pas devenue une fin en elle-même et pourvu qu'elle soit accessoire aux fins de bienfaisances poursuivies et qu'elle réponde à l'exigence de tolérance 10%—En l'espèce, les activités de l'ACAT sont des activités politiques, non partisans, mais politiques—Les conclusions du ministre sont inattaquables et l'avis de révocation de l'enregistrement de l'ACAT à titre d'organisme de bienfaisance est valide—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 149.1(1) «organisme de bienfaisance», 149.1(6.2).

ACTION DES CHRÉTIENS POUR L'ABOLITION DE LA TORTURE C. CANADA (A-805-00, 2002 CAF 499, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 16-12-02, 32 p.)

PRATIQUE

ACTES DE PROCÉDURE

Modifications

Demande visant à modifier la déclaration de l'instance pour constituer une nouvelle partie et ajouter des faits additionnels à une action introduite sous forme de contrôle judiciaire—Il s'agit de savoir s'il y a lieu de constituer comme partie le tribunal des membres de la tribu des Blood—La constitution d'une nouvelle partie est régie par la règle 104 des Règles de la Cour fédérale (1998) qui dispose que la Cour peut ordonner que soit constituée comme partie à l'instance toute personne qui aurait dû l'être ou dont la présence devant la Cour est nécessaire pour assurer une instruction complète et le règlement des questions en litige—Du point de vue de la common law, le tribunal ne devrait pas être constitué comme partie en vertu de la première partie de la Règle 104—Quant à la deuxième partie de la règle 104, la constitution de cette partie n'est pas nécessaire, parce que la déclaration, plus particulièrement celle qui a été modifiée, précise la nature de l'instance—Par conséquent, il n'est pas nécessaire que le tribunal participe à l'instance—Il s'agit de savoir si la modification de la déclaration doit être autorisée—Il est bien établi en droit qu'il ne faut pas présumer que les modifications permettront à la partie qui les a demandées d'avoir gain de cause, mais la modification doit être autorisée dans la mesure où celle-ci permettra de mettre l'accent sur un point en litige ou de le préciser, tant et aussi longtemps que la modification ne porte pas préjudice à l'autre partie—Comme il est indiqué dans la décision *Bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)* (2001), 202 F.T.R. 30 (C.F. 1^{re} inst.), il n'y a rien dans le texte de l'art. 18.4 de la Loi sur la Cour fédérale qui empêche un demandeur d'ajouter de nouvelles causes d'action ou de désigner de nouvelles parties à une action—Les règles de la Cour sont très libérales pour ce qui concerne les modifications—Les modifications ne porteront pas préjudice au défendeur, et par conséquent elles sont autorisées—Toutefois, la modification visant à constituer le tribunal des membres de la tribu des Blood comme partie est rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.4—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 104.

NOADE C. TRIBU DES BLOOD (T-2243-95, 2002 CFPI 2011, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 20-11-02, 12 p.)

Requête en radiation

Requête visant à obtenir, en vertu de la règle 221(1)a des Règles de la Cour fédérale (1998), la radiation de la déclaration amendée du demandeur et le rejet de son action au motif que cette déclaration ne révèle aucune cause d'action valable—Le demandeur a identifié l'élément déclencheur de

PRATIQUE—Suite

son action, soit sa mise à la retraite, ainsi que la source ou la cause de cet événement, soit la présence de dispositions des Ordres royaux applicables aux Forces canadiennes (O.R.F.C.) portant sur l'âge obligatoire de la mise à la retraite—Le premier moyen de radiation soulevé par les défendeurs portait que l'action du demandeur était prescrite à la date de son dépôt, vu l'expiration à cette date du délai de six mois stipulé à l'art. 269(1) de la Loi sur la défense nationale—La Couronne, ou l'État, ne peut se prévaloir de la prescription de l'art. 269(1) lorsqu'elle est recherchée directement et, en l'espèce, l'art. 24a de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif n'est pas disponible pour faire profiter indirectement la Couronne de la prescription de l'art. 269(1)—La déclaration d'action ne laissait aucunement entendre que le demandeur poursuivait la Couronne pour une faute commise par un de ses préposés—Ce premier moyen de radiation ne pouvait donc réussir puisqu'à tout le moins, son mérite n'était pas établi de façon claire et évidente—Selon le deuxième moyen de radiation soulevé par les défendeurs, le demandeur devait présenter ses conclusions en déclarations d'inopérabilité et en réintégration dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire et non dans le cadre d'une action—Les demandes de déclaration d'inopérabilité étaient dirigées contre des textes législatifs, donc contre la Couronne—Or, la Couronne n'est pas un «office fédéral»—Les remèdes premiers que le demandeur doit obtenir, soit les déclarations d'inopérabilité, pouvaient s'obtenir dans les circonstances par voie d'action—Les dommages recherchés par le demandeur ne pouvaient être obtenus que par action—La requête en radiation des défendeurs est donc irrecevable puisque ses deux moyens de radiation ne pouvaient être accueillis en vertu du test applicable à une requête en radiation sous le régime de la règle 221(1)a—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 221(1)a—Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (Révision de 1994)—Loi sur la Défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 20), art. 269(1)—Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 24 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 30; 2001, ch. 4, art. 48).

TREMBLAY C. CANADA (T-541-02, 2002 CFPI 1072, protonotaire Morneau, ordonnance en date du 1-11-02, 12 p.)

AFFIDAVITS

Appel portant sur des conclusions tirées par le protonotaire concernant la production tardive de deux affidavits—Appel accueilli et délai imparti pour la présentation des deux affidavits prorogé—Norme de contrôle: *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.)—Le protonotaire

PRATIQUE—Suite

a correctement cité le critère applicable à la prorogation du délai imparti pour déposer un affidavit (*Maxim's Ltd. c. Maxim's Bakery Ltd.* (1990), 37 F.T.R. 199 (C.F. 1^{re} inst.)); le motif du retard doit être «valable» (*Mapli Inc. c. Flextile Ltd.* (1995), 59 C.P.R. (3d) 211 (C.F. 1^{re} inst.))—Cependant, eu égard au premier affidavit, le protonotaire a commis une erreur de droit en attribuant au terme «valable» le sens de «valable et convaincant» et d'«important»—Critère trop strict—Dans le cadre de l'examen *de novo* de la question du dépôt tardif du premier affidavit, la déclaration non contestée selon laquelle la demanderesse «avait tenté en vain de négocier un règlement à l'amiable» a été admise à titre de motif de retard valable—En ce qui concerne le second affidavit qui porte sur des faits postérieurs à la décision selon lesquels la déclaration sous serment avait été faite de «mauvaise foi», le protonotaire a commis une erreur de droit en décidant que, comme il n'avait pas été saisi de l'affidavit avant de rendre sa décision, celui-ci n'était pas pertinent—Un élément de preuve présenté postérieurement à la décision peut être très pertinent en ce qui concerne une allégation de «mauvaise foi» ou de «partialité»—Après examen de la question *de novo*, la preuve correspondant à l'affidavit est pertinente et le motif de retard est valable.

SCHWARTZ HOSPITALITY GROUP C. CANADA
(PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-137-02, 2002 CFPI 961, juge
Campbell, ordonnance en date du 11-9-02, 4 p.)

GESTION DE L'INSTANCE

Requêtes présentées par les défenderesses, la Compagnie de chemin de fer du Canadien Pacifique et Canada Maritime Limited (Bermuda), en vue de faire radier en partie un affidavit d'une des demandereses et en totalité un deuxième affidavit—À titre de question préliminaire, un des avocats a contesté la compétence des responsables de la gestion de l'instance, en invoquant la règle 385(1)d—Cette règle traite de deux choses différentes, la première étant l'exercice dans le temps de la compétence du juge chargé de la gestion de l'instance ou du protonotaire et la seconde, l'attribution aux autres membres de la Cour, et au juge chargé de l'audience, du pouvoir d'entendre des requêtes, notamment concernant la gestion de l'instance—Dans *Seaspan International Ltd. c. Canada*, T-1709-90, 2001 CFPI 937; [2001] A.C.F. n° 1334 (1^{re} inst.) (QL), le juge Dawson a fait remarquer que le juge de première instance qui entend une action détient un contrôle absolu sur le déroulement de l'instance et conserve toute la compétence voulue pour entendre une requête présentée en cours d'instruction par une partie pour modifier des actes de procédure—Aucune disposition de la règle n'a pour effet d'interdire la présentation d'une requête au juge chargé d'instruire l'affaire—*Seaspan* permet d'affirmer que, si les responsables de la gestion d'instances doivent régler toutes les questions soulevées avant l'instruction, la réserve mentionnée

PRATIQUE—Suite

à la fin a uniquement pour effet de relever les responsables de la gestion de l'instance de l'obligation d'entendre toutes les requêtes sans exception présentées avant l'instruction, et de laisser au juge chargé de l'instruction le pouvoir d'entendre les questions reliées à la gestion de l'instance—Les juges de la Section de première instance déjà surchargés seraient très déçus et très surpris que l'on attribue à la règle 385(1)d) l'effet de dessaisir les responsables de la gestion de l'instance et d'obliger les juges de première instance à entendre toutes les requêtes interlocutoires présentées au cours de l'année qui sépare la fixation de la date de l'instruction et l'audience—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 385.

TEMPO MARBLE & GRANITE LTD C. MECKLENBURG I (LE)
(T-404-00, 2002 CFPI 1190, protonotaire Hargrave,
ordonnance du 14-11-02, 11 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Omission de se conformer—Délai déraisonnable—Appel d'une ordonnance du protonotaire radiant l'action des demandereses au motif qu'elles n'ont pas respecté les conditions de l'ordonnance octroyant à la défenderesse des dépens fixés à 3 500 \$—L'ordonnance obligeait les demandereses à payer dans un délai de 30 jours, à défaut de quoi l'action «sera radiée»—Les demandereses ont porté la décision en appel, mais elles n'ont pas demandé la suspension—La question est de savoir si les demandereses ont fourni des motifs solides pour expliquer la raison de leur manquement à l'ordonnance concernant le délai—La Cour est saisie d'un manquement à l'égard d'une ordonnance qu'elle a rendu de façon péremptoire—La jurisprudence établit que la justification exigée est fixée à un très haut niveau—Comme le fondement du pouvoir de la Cour repose sur l'obéissance à ses ordres, la Cour ne doit pas s'efforcer de trouver des excuses pour cette omission de se conformer à une ordonnance péremptoire—Les tribunaux ont décrit de diverses façons la norme de justification exigée afin d'obtenir réparation dans les cas de non-respect, et ont appliqué un double critère: la partie ne doit pas avoir l'intention d'ignorer l'ordonnance ou d'y passer outre; et son omission de s'y conformer doit être due à des circonstances indépendantes de sa volonté—Les affidavits déposés par les demandereses sont insuffisants pour respecter la norme de justification exigée par la jurisprudence—Les affidavits ne contiennent aucune explication satisfaisante—Appel rejeté.

CAST ELK (LE) C. CANADA MARITIME LTD. (T-1554-99,
2002 CFPI 1230, juge Lemieux, ordonnance en date du
27-11-02, 12 p.)

MODIFICATION DES DÉLAIS

Requête présentée par les demandeurs visant à obtenir une prorogation du délai pour le dépôt d'un affidavit complémentaire, d'une pièce et d'observations écrites additionnelles,

PRATIQUE—Suite

jusqu'à ce que le Commissaire à la protection de la vie privée (CPVP) rende une décision concernant la communication du projet de motifs du membre de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR)—La prorogation sollicitée est pour une période indéfinie—La CISR a admis qu'il y avait un projet de motifs mais a refusé de communiquer les motifs—Les demandeurs ont affirmé que le projet de motifs avait été préparé bien avant que tous les éléments de preuve soient disponibles, ce qui fait qu'ils n'ont eu aucune possibilité de répondre aux éléments de preuve additionnels—Le critère actuel pour l'affidavit complémentaire est établi dans la décision *Eli Lilly & Co. c. Apotex Inc.* (1997), 76 C.P.R. (3d) 15 (C.F. 1^{re} inst.), avec des modifications dans (1997), 77 C.P.R. (3d) 154 (C.F. 1^{re} inst.) et des ajouts dans la décision *Nation Wayzhushk Onigum c. Kakeway* (2000), 182 F.T.R. 100 (C.F. 1^{re} inst.)—Les demandeurs doivent démontrer que: (i) la preuve servira l'intérêt de la justice; (ii) la preuve aidera la Cour, (iii) cela ne causera aucun préjudice important ou sérieux à la partie adverse; (iv) la preuve n'était pas disponible antérieurement; (v) permettre le dépôt de la preuve ne retardera pas indûment l'instance—Montrer au grand jour l'existence d'une décision écrite avant que tous les éléments de preuve aient été examinés est certainement dans l'intérêt de la justice—Les éléments de preuve aideraient la Cour—La Cour ne voit pas de préjudice important ou de préjudice sérieux causé à la partie adverse et tout inconvénient pourrait être traité au moyen des dépens—Il est certain que la décision n'était pas accessible aux demandeurs antérieurement—En fin de compte, l'attente de la décision peut occasionner un certain retard mais pas un retard indu pour les autorités de la CISR—La règle 317 des Règles de la Cour fédérale (1998) exige la production de tout document pertinent—Un projet de décision est sûrement considéré comme pertinent—En l'espèce, le projet de motifs, rédigé avant que les éléments de preuve n'aient été tous recueillis et admis par la CISR, doit, pour les fins de justice, être présenté à la Cour—Requête accueillie—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 317.

TUNIAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3389-02, 2002 CFPI 1209, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 21-11-02, 8 p.)

SUSPENSION DE L'INSTANCE

Requête visant à obtenir l'arrêt de l'instance en faveur de la procédure d'arbitrage existant en vertu de l'art. 15 de la Commercial Arbitration Act of British Columbia—Dans la demande sur laquelle prend appui la présente action, les associés du bureau d'avocats Campney & Murphy revendiquent le droit d'auteur sur divers documents constituant des précédents contre Bernard & Partners, bureau formé de six personnes, dont M^e Hilton, chacune de ces personnes étant un ancien associé de Campney & Murphy—La teneur de la clause d'arbitrage prévue dans le contrat

PRATIQUE—Fin

de société de Campney & Murphy est très générale puisqu'elle de société de Campney & Murphy est très générale puisqu'elle s'étend à «tous les différents découlant» du contrat ou «s'y rapportant»—Trois conditions justifient l'application de l'art. 15 de la Loi: le demandeur doit démontrer qu'une partie à une convention d'arbitrage a introduit une poursuite judiciaire contre une autre partie à la convention; la poursuite judiciaire doit porter sur une question dont les parties étaient convenues de soumettre à l'arbitrage; la demande doit être déposée opportunément: *Prince George (City) c. McElhanney Engineering Services Ltd.* (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 368 (C.A.)—De plus, la partie qui demande l'arrêt des procédures n'a qu'à démontrer que sa cause est défendable: *Prince George* (précitée)—L'expression «découlant du» mérite une interprétation généreuse—Requête accueillie—L'argument de Campney & Murphy, qui se fonde sur le fait que les associés de Bernard & Partners sont simplement des personnes morales, personnes se trouvant hors de la portée de l'arbitre, est une tactique de dernière minute, mais c'est là un point défendable et, en fait, le seul argument défendable—Toutefois, la situation en l'espèce est manifestement celle d'une société agissant au nom et pour le compte de ceux qui l'ont créée, car les cabinets d'avocats ne peuvent fonctionner efficacement à titre de sociétés de personnes si la personne morale, par opposition aux avocats individuels eux-mêmes, exerce le contrôle—Par conséquent, l'argument selon lequel l'arbitre n'aurait aucune compétence à l'égard des prétendus auteurs de la violation du droit d'auteur est dénué de fondement—Le doute quant à l'arbitrabilité doit être dissipé en faveur de l'application de la clause d'arbitrage—Premièrement, la présente instance est dirigée contre une société de personnes composée d'avocats individuels dont on dit qu'ils sont accusés d'avoir pris et utilisé des documents protégés appartenant au bureau de Campney & Murphy, une question manifestement arbitrale—Une société de personnes formée par des avocats individuels, en réalité ces avocats eux-mêmes, est assujettie à la clause d'arbitrage—Deuxièmement, et subsidiairement, ces personnes morales de chaque avocat du bureau Bernard & Partners, dont M^e Hilton, agissaient, du moins peut-on soutenir, et, de fait, selon toute probabilité, en qualité de mandataires des avocats individuels—Cela étant le cas, il est indubitable que Bernard & Partners et M^e Hilton sont effectivement les parties intéressées à la convention d'arbitrage de sorte que la question de l'obtention et de l'utilisation des documents constituant des précédents, lesquels ont été tirés des dossiers de Campney & Murphy, peut être soumise à l'arbitrage—En outre, l'intérêt de la justice commande l'arrêt de l'instance de façon à donner effet à la clause d'arbitrage à laquelle tous les intéressés ont souscrit—Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55, art. 15.

CAMPNEY & MURPHY C. BERNARD & PARTNERS (T-1743-02, 2002 CFPI 1136, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 4-11-02, 12 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