



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2009, Vol. 1, Part 2

2009, Vol. 1, 2^e fascicule

Cited as [2009] 1 F.C.R., 253–506

Renvoi [2009] 1 R.C.F., 253–506

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

LEGAL EDITORS

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.
FRANÇOIS BOIVIN, B.SOC.SC., LL.B.
SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

PRODUCTION STAFF

Production Manager
LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE
NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

CATHERINE BRIDEAU

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2009.

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

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

ARRÊTISTES

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.
FRANÇOIS BOIVIN, B.SC.SOC., LL.B.
SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LAURA VANIER

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE
NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

CATHERINE BRIDEAU

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2009.

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

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

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

Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Courts Reports should be referred to Publishing and Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 0S5, telephone 613-941-5995 or 1-800-635-7943.

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

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

CONTENTS

Judgments	253-506
Digests	D-7

Canadian National Railway Co. v. Canada (Transportation Agency) (F.C.A.)

287

Transportation—Appeal from Canadian Transportation Agency’s (CTA) dismissal of preliminary objection to hearing, disposition of application for net salvage value determination, bad faith complaint pursuant to *Canada Transportation Act*, ss. 144(3.1), (6)—After publishing notice to discontinue operation of section of railway line, appellants commencing negotiations with interested party—Not reaching agreement even after limitation period extended—Thereafter, appellants offering line to public bodies pursuant to Act, s. 145(1)—*Per* Noël J.A. (Desjardins J.A. concurring): Act, Division V setting out process, time lines for transfer, discontinuance of operation of railway line—CTA exceeding jurisdiction by disposing of s. 144 application after expiry of six-month period to conclude negotiation, by establishing discontinuance, transfer process according to time lines distinct from Act, Division V—Bad faith application under Act, s. 144 suspending limitation period—Offer to public bodies not premature since no agreement with Southern Ontario Locomotive Restoration Society (SOLRS) reached prior to expiry of six-month period—*Per* Blais J.A. (concurring): argument bad faith

Continued on next page

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

Les avis de changement d’adresse (avec indication de l’adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l’abonnement au Recueil, doivent être adressés à Les Éditions et Services de dépôt, Travaux publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 0S5, téléphone 613-941-5995 ou 1-800-635-7943.

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

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

SOMMAIRE

Jugements.....	253-506
Fiches analytiques	F-9

Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Office des transports) (C.A.F.)

287

Transports—Appel interjeté à l’encontre de la décision par laquelle l’Office des transports du Canada (l’OTC) a rejeté l’objection préliminaire des appelantes, qui s’opposaient à ce que l’OTC entende et tranche la détermination de la valeur nette de récupération et la plainte de mauvaise foi en vertu des art. 144(3.1) et (6) de la *Loi sur les transports au Canada*—Après la publication d’un avis de cessation de l’exploitation d’un tronçon de ligne de chemin de fer, les appelantes ont entamé des négociations avec la partie intéressée—Elles n’ont pas conclu d’entente, même après la prolongation du délai prévu à cette fin—Les appelantes ont ensuite offert la ligne à des organismes publics conformément à l’art. 145(1) de la Loi—Le juge Noël, J.C.A. (la juge Desjardins, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : la section V de la Loi prévoit le processus et l’échéancier pour transférer une ligne de chemin de fer et cesser son exploitation—L’OTC a outrepassé sa compétence en statuant sur la demande présentée en vertu de l’art. 144 après l’expiration du délai de six mois prévu pour achever les négociations et en établissant un processus de cessation et de transfert suivant un échéancier qui

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

application justifying suspension of time limit premature since issue not identified when leave to appeal granted.

Esquega v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) . . . 448

Aboriginal Peoples—Elections—Appeal from Federal Court decision striking down in entirety *Indian Act*, s. 75(1) on grounds residence restriction on nominees for office of councillor unconstitutional because violating equality rights under *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15—Remedy unnecessarily broad—Striking down s. 75(1) would remove requirement each candidate be “elector” as defined in s. 2(1), thereby enabling individuals under 18, non-members of band, other disqualified persons to be nominated for office—Reading-down preferable remedy as allowing non-residents to be nominated for office as mandated by Charter while maintaining definition of “electors” that is important for operation of system—Appeal allowed.

Constitutional Law—Remedies—Appeal from Federal Court decision striking down *Indian Act*, s. 75(1) on grounds residence restriction on nominees for office of councillor unconstitutional because violating equality rights under *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15—Reading-down remedy involving giving statute narrow interpretation to avoid constitutional problem that would arise if statute broadly interpreted, adopted instead.

Genencor International, Inc. v. Canada (Commissioner of Patents) (F.C.) 361

Patents—Practice—Appeal pursuant to *Patent Act*, s. 48.5 from Commissioner of Patents’ re-examination decision cancelling appellant’s patent—Standard of review in statutory appeal context—*Patent Act* not providing guidance as to how appeal dealt with—Pragmatic and functional analysis required—Substantive questions were mixed fact and law within board’s expertise in context of legislative scheme intended to simplify matters—Recognizing high degree of deference owed to board, “reasonableness” appropriate

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

divergeait de celui de la section V de la Loi—Une plainte de mauvaise foi en vertu de l’art. 144 de la Loi suspend le délai—L’offre faite aux organismes publics n’était pas prématurée puisque aucune entente n’avait été conclue avec Southern Ontario Locomotive Restoration Society (SOLRS) avant l’expiration du délai de six mois—Le juge Blais, J.C.A. (motifs concourants) : l’argument selon lequel une plainte de mauvaise foi justifie une suspension du délai était prématurée parce que la question n’avait pas été soulevée lorsque l’autorisation d’appel a été accordée.

Esquega c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) . . . 448

Peuples autochtones—Élections—Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a annulé dans son ensemble l’art. 75(1) de la *Loi sur les Indiens* au motif que la restriction relative à la résidence imposée aux candidats au poste de conseiller est inconstitutionnelle parce qu’elle enfreint les droits à l’égalité garantis par l’art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*—La portée de la réparation est plus vaste que nécessaire—L’annulation de l’art. 75(1) aurait pour effet de supprimer l’obligation pour tout candidat d’être un « électeur » au sens de l’art. 2(1), permettant ainsi aux personnes de moins de 18 ans, non membres de la bande ou par ailleurs inaptes d’être présentées à un poste électif—L’interprétation atténuante serait préférable parce qu’elle permettrait de présenter des non-résidents à un poste électif conformément à la Charte, tout en maintenant la définition du terme « électeur », qui est importante pour le fonctionnement du système—Appel accueilli.

Droit constitutionnel—Recours—Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a annulé l’art. 75(1) de la *Loi sur les Indiens* au motif que la restriction relative à la résidence imposée aux candidats au poste de conseiller est inconstitutionnelle parce qu’elle enfreint les droits à l’égalité garantis par l’art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*—L’interprétation atténuante, qui consiste à donner à une loi une interprétation étroite afin d’éviter les difficultés constitutionnelles qu’en causerait une interprétation large, a plutôt été adoptée.

Genencor International, Inc. c. Canada (Commissaire aux brevets) (C.F.) 361

Brevets—Pratique—Appel interjeté en vertu de l’art. 48.5 de la *Loi sur les brevets* à l’encontre de la décision de réexamen du commissaire des brevets annulant le brevet de l’appelante—Norme de contrôle dans le contexte d’un appel prévu par la loi—La *Loi sur les brevets* ne prévoit rien quant à la façon de donner suite à l’appel—Une analyse pragmatique et fonctionnelle s’imposait—Les questions de fond étaient des questions mixtes de fait et de droit qui relevaient de l’expertise du conseil dans le contexte d’un régime législatif conçu pour

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

standard of review on substantive issues—Re-examination board's failure to provide appellant with initiator's supplementary submissions, opportunity to respond thereto not breach of natural justice or procedural fairness—Initiator of request not "party" to re-examination process nor could have been under scheme of Act—Right to know case to be met, to respond thereto not arising in respect of material submitted during re-examination process but not constituting material which will be put before board—Re-examination board not improperly construing Genencor patent—Re-examination board not having same burden as courts in impeachment proceedings—Board not applying improper test for anticipation or misapplying proper test—Although not enumerating in reasons "essential elements" of Genencor patent in specific list, possible to deduce therefrom that each of issues analyzed in decision "essential" to Genencor patent, were all of issues essential thereto.

Hinton v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.A.) 476

Federal Court Jurisdiction—Appeal from Federal Court order granting respondents' motion to treat application for judicial review of appellant's decision charging male respondent \$75 for determination of sponsorship application for wife, under *Immigration and Refugee Protection Regulations* (IRPR), s. 304 as action; for action to be certified as class action on behalf of those who paid processing fees prescribed by IRPR, formerly enacted regulations for various immigration visas—Although Federal Court of Appeal's decision in *Canada v. Grenier* holding Federal Court's exclusive jurisdiction to hear, determine judicial review applications cannot be circumvented by launching collateral attack by way of action, *Grenier* not holding successful application for judicial review invalidating impugned immigration regulation first required before proceeding with class action—*Grenier* also not addressing impact of *Federal Courts Act*, s. 18.4(2), whereby Federal Court having discretion to convert judicial review application into action—Interpreting s. 18.4(2) liberally to consider not only procedural but also remedial inadequacies of judicial review, it can also be used to claim monetary remedies in "converted" action—In present case, initiating separate action for damages too cumbersome—Criteria to seek certification of class action relevant consideration on motion to convert under *Federal Courts Act*, s. 18.4(2)—Not wrong in principle to convert application for judicial review into action before final disposition thereof—Appeal allowed so as to

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

simplifier les choses—Vu le haut niveau de retenue judiciaire qui doit être accordé au conseil, la norme de contrôle applicable aux questions de fond était celle de la « raisonnabilité »—L'omission du conseil de réexamen de faire parvenir les observations additionnelles de la partie qui a initié la demande à l'appelante et de lui donner la possibilité d'y répondre ne constituait pas un manquement à la justice naturelle ou à l'équité procédurale—La partie qui initie la demande n'est pas une « partie » à la procédure de réexamen; elle n'aurait d'ailleurs pu l'être selon le régime prévu à la Loi—Le droit de connaître la preuve à réfuter et d'y répondre ne s'applique pas aux documents soumis durant une procédure de réexamen, mais qui ne constituent pas des éléments de preuve matérielle devant être soumis au conseil—Le conseil de réexamen n'a pas commis d'erreur dans son interprétation du brevet de Genencor—Le conseil de réexamen n'a pas la même responsabilité que les tribunaux dans le cadre d'une action en invalidation—Le conseil n'a pas appliqué le mauvais critère pour évaluer s'il y avait antériorité et n'a pas mal appliqué ce critère—Même si le conseil n'a pas dressé la liste des « éléments essentiels » du brevet de Genencor dans ses motifs, il était possible d'en déduire que chacune des questions examinées et analysées dans la décision étaient « essentielles » au brevet de Genencor et constituaient la totalité des questions essentielles à ce brevet.

Hinton c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.A.F.) 476

Compétence de la Cour fédérale—Appel d'une ordonnance de la Cour fédérale accueillant la requête des intimés afin que leur demande de contrôle judiciaire de la décision de l'appelant réclamant la somme de 75 \$ à l'intimé en vue du traitement de la demande de parrainage de son épouse en application de l'art. 304 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (RIPR) soit traitée comme s'il s'agissait d'une action, et que leur action soit autorisée comme recours collectif au nom de toutes les personnes qui ont payé des frais de traitement en vertu du RIPR et des règlements antérieurs pour l'obtention de divers visas d'immigration—Bien que la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Canada c. Grenier* précise que la compétence exclusive de la Cour fédérale pour statuer sur les demandes de contrôle judiciaire ne peut être contournée par une contestation indirecte intentée sous forme d'action, *Grenier* ne précise pas que le règlement d'immigration contesté doit d'abord avoir été invalidé à l'issue d'un contrôle judiciaire avant qu'il soit possible d'intenter un recours collectif—En outre, *Grenier* ne dit rien au sujet de l'incidence de l'art. 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, qui prévoit que la Cour fédérale a le pouvoir discrétionnaire de convertir une demande de contrôle judiciaire en une action—En donnant une interprétation libérale à l'art. 18.4(2) de façon à tenir compte non seulement des lacunes procédurales mais aussi des lacunes des demandes de contrôle judiciaire en matière de réparation, il peut aussi être invoqué pour présenter une demande de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

confine certified class to individuals covered by leave application.

Citizenship and Immigration—Judicial Review—Appeal from Federal Court order granting respondents' motion to treat application for judicial review of appellant's decision charging male respondent \$75 for determination of sponsorship application for wife, under *Immigration and Refugee Protection Regulations* (IRPR), s. 304 as action; for action to be certified as class action on behalf of those who paid processing fees prescribed by IRPR, formerly enacted regulations for various immigration visas—Motions Judge wrong to include in certified class persons paying fees under regulations not properly challenged in application for judicial review since *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 72(1) clearly stating leave must be obtained for any matter for which judicial review sought—Therefore, given mandatory language of IRPA, s. 72(1), leave application cannot be construed to include attacks on other impugned regulations made by remainder of class.

Practice—Class Proceedings—Appeal from Federal Court order granting respondents' motion to treat application for judicial review of appellant's decision charging male respondent \$75 for determination of sponsorship application for wife, under *Immigration and Refugee Protection Regulations* (IRPR), s. 304 as action; for action to be certified as class action on behalf of those who paid processing fees prescribed by IRPR, formerly enacted regulations for various immigration visas—Motions Judge not erring in deciding class action preferable procedure to application for judicial review—Factors such as simplicity of restitutionary award, appellant's refusal to set test case, fact-finding easier by way of discoveries, considered.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

réparation d'ordre financier dans une action « convertie »—En l'espèce, il est trop lourd d'intenter une action distincte en dommages-intérêts—Les conditions pour obtenir l'autorisation d'intenter un recours collectif est un facteur pertinent à prendre en compte dans le cadre d'une requête en vertu de l'art. 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* en vue de « convertir » une demande—Il n'y a aucun problème à procéder à la conversion d'une demande de contrôle judiciaire en action avant qu'une décision définitive ait été rendue sur cette demande—Appel accueilli pour que le recours collectif se limite aux personnes visées par la demande d'autorisation.

Citoyenneté et Immigration—Contrôle judiciaire—Appel d'une ordonnance de la Cour fédérale accueillant la requête des intimés afin que leur demande de contrôle judiciaire de la décision de l'appelant réclamant la somme de 75 \$ à l'intimé en vue du traitement de la demande de parrainage de son épouse en application de l'art. 304 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (RIPR) soit traitée comme s'il s'agissait d'une action, et que leur action soit autorisée comme recours collectif au nom de toutes les personnes qui ont payé des frais de traitement en vertu du RIPR et des règlements antérieurs pour l'obtention de divers visas d'immigration—Le juge des requêtes a commis une erreur en décidant que le groupe devait inclure les personnes qui ont payé des frais prévus par les règlements, qui n'avaient pas été dûment attaqués par une demande de contrôle judiciaire, parce que l'art. 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) établit clairement qu'une autorisation doit être obtenue à l'égard de toute mesure—Par conséquent, compte tenu du caractère impératif de l'art. 72(1) de la LIPR, la demande d'autorisation ne peut être interprétée de façon à inclure les contestations visant les autres règlements contestés faites par les autres membres du groupe.

Pratique—Recours collectif—Appel d'une ordonnance de la Cour fédérale accueillant la requête des intimés afin que leur demande de contrôle judiciaire de la décision de l'appelant réclamant la somme de 75 \$ à l'intimé en vue du traitement de la demande de parrainage de son épouse en application de l'art. 304 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (RIPR) soit traitée comme s'il s'agissait d'une action, et que leur action soit autorisée comme recours collectif au nom de toutes les personnes qui ont payé des frais de traitement en vertu du RIPR et des règlements antérieurs pour l'obtention de divers visas d'immigration—Le juge des requêtes n'a pas commis d'erreur en décidant qu'un recours collectif était le meilleur moyen—Des facteurs comme le caractère plus simple de l'ordonnance de réparation, le refus de l'appelant de procéder au moyen d'une cause type et de la notion voulant qu'une conclusion de fait soit plus facilement déterminée par des interrogatoires préalables ont été examinés.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Manuge v. Canada (F.C.) 416

Practice—Class Proceedings—Motion to certify plaintiff’s action as class proceeding pursuant to *Federal Courts Rules*, r. 334.16—Action seeking declaratory relief, damages relating to clawback of plaintiff’s disability pension under *Pension Act* from long-term disability benefits under Canadian Forces’ Service Income Security Insurance Plan (SISIP), pursuant to SISIP Policy No. 901102, S. 24, alleged breach of public, fiduciary duties—*Canada v. Grenier* distinguished—Rationale for requiring judicial review as prerequisite to action absent herein—Proposed class action raising issues common to all prospective class members, class members identifiable, plaintiff appropriate representative—Access to justice enhancing argument for class proceeding as not economical for any one person to prosecute claim—Proceeding ideally suited to certification as class proceeding—Motion granted.

Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health) (F.C.A.) 253

Patents—Infringement—Appeal from Federal Court order dismissing appellants’ application for order prohibiting Minister of Health from issuing notice of compliance (NOC) to Ranbaxy Laboratories Limited with respect to atorvastatin calcium until after expiry of Canadian Letters Patents No. 2021546 ('546 patent)—'546 patent claiming selection of large class of cholesterol-lowering compounds covered by U.S. patent 4681893 ('893 patent), Canadian equivalent patent 1268768 ('768 patent)—'546, '768 patents listed with respect to atorvastatin calcium tablets—Ranbaxy seeking NOC for “Ran-Atorvastin”, sent notice of allegation (NOA) challenging validity of '546 patent for obviousness, double patenting, insufficiency, anticipation—Federal Court holding '546 patent invalid because not meeting requirements of sufficient disclosure in *Patent Act*, s. 27(3)—(1) Ranbaxy’s allegations irrelevant to disclosure requirement under Act, s. 27(3)—Federal Court incorrectly construing '546 patent as promising tenfold increase in activity for atorvastatin—Analysis under Act, s. 27(3) concerned with sufficiency of disclosure needed by person skilled in art to use invention as successfully as patentee, not sufficiency of data underlying invention—'546 patent fulfilling s. 27(3) disclosure requirements—(2) By not attacking sufficiency of data underlying invention claimed in '546 patent under headings of obviousness, double patenting, anticipation, Ranbaxy failed to challenge validity of selection—Thus no need to examine allegations under those headings—Appeal allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Manuge c. Canada (C.F.) 416

Pratique—Recours collectif—Requête présentée pour que l’action du demandeur soit autorisée comme recours collectif en application de la règle 334.16 des *Règles des Cours fédérales*—Le demandeur sollicitait un jugement déclaratoire et des dommages-intérêts relativement à la récupération de sa pension d’invalidité attribuée en vertu de la *Loi sur les pensions* sur ses prestations d’invalidité de longue durée au titre du Régime d’assurance-revenu militaire (RARM), conformément à l’art. 24 de la police no 901102 du RARM—Le demandeur alléguait notamment que cette récupération serait contraire aux obligations publiques et fiduciaires de la Couronne—Arrêt *Canada c. Grenier* différencié—La raison d’exiger un contrôle judiciaire préalablement à une action était absente en l’espèce—Le recours collectif projeté soulevait des questions de droit communes à tous les membres prévus du groupe, le groupe projeté était identifiable et le demandeur était un représentant demandeur légitime—La question de l’accès à la justice favorisait l’idée d’un recours collectif puisqu’il n’était pas économique pour un seul justiciable de déposer un recours—L’instance semblait se prêter idéalement à une autorisation comme recours collectif—Requête accordée.

Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé) (C.A.F.) 253

Brevets—Contrefaçon—Appel d’une ordonnance de la Cour fédérale rejetant la demande des appelantes en vue d’obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité (AC) à Ranbaxy Laboratories Limited à l’égard de l’atorvastatine calcique jusqu’à expiration du brevet canadien n° 2021546 (le brevet '546)—Le brevet '546 revendique une sélection de l’importante classe de composés hypocholestérolémians visés par le brevet américain 4681893 (le brevet '93) et son équivalent canadien, le brevet 1268768 (le brevet '768)—Les brevets '546 et '768 sont inscrits à l’égard de comprimés d’atorvastatine calcique—Ranbaxy sollicitait un AC pour son produit « Ran-Atorvastin » et a envoyé un avis d’allégation (AA) contestant la validité du brevet '546 pour cause d’évidence, de double brevet, d’insuffisance et d’antériorité—La Cour fédérale a statué que le brevet '546 était invalide parce qu’il ne respectait pas les exigences de divulgation suffisante prévues à l’art. 27(3) de la *Loi sur les brevets*—1) Les allégations de Ranbaxy n’avaient rien à voir avec l’exigence de divulgation énoncée à l’art. 27(3) de la Loi—La Cour fédérale a commis une erreur d’interprétation lorsqu’elle a estimé que le brevet '546 assurait que l’atorvastatine avait une activité dix fois supérieure—Une analyse menée en vertu de l’art. 27(3) de la Loi met en cause le caractère suffisant de la divulgation nécessaire à la personne versée dans l’art pour qu’elle utilise l’invention avec le même succès que le breveté et non le caractère suffisant des données sous-jacentes à l’invention—Le brevet '546 répondait aux exigences de divulgation de l’art. 27(3)—2) En n’attaquant pas

Suite à la page suivante

Ugbazghi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) 454

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Judicial review of immigration officer’s refusal of application for permanent residence because applicant found to be inadmissible on security grounds under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 34(1)(f)—Respondent applying under Act, s. 87 for non-disclosure of certain pages of certified tribunal record allegedly containing confidential information constituting information that, if disclosed, would injure national security or safety of any person—S. 87 application allowed in part—Process reviewed, difficulties identified, suggestions as to improvements in practical application of process made.

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Judicial review of immigration officer’s refusal of application for permanent residence because applicant inadmissible on security grounds under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 34(1)(f)—Applicant, Ethiopian of Eritrean ethnicity, found to be member of Eritrean Liberation Front (ELF), organization potentially engaged in terrorism—Stating she had been a member thereof but later clarifying that member of ELF support group, not ELF—“Member” in s. 34(1)(f) must be given unrestricted, broad interpretation—Officer not solely relying on applicant’s prior admission of ELF membership but also considering evidence about applicant’s activities, etc.—Applicant’s description of ELF support group indicating it identified with, worked to further goals, activities of ELF—S. 34(1) intended to cast wide net to cover broad range of conduct—Test for inadmissibility whether “there are reasonable grounds to believe” that foreign national was member of organization that “there are reasonable grounds to believe” engages, has engaged, or will engage in acts of terrorism—Officer’s decision not unreasonable—Application dismissed.

le caractère suffisant des données sous-tendant l’invention revendiquée dans le brevet '546 sous les rubriques d’évidence, de double brevet et d’antériorité, Ranbaxy n’a pas contesté la validité de la sélection—Point n’était besoin d’examiner les assertions sous ces rubriques—Appel accueilli.

Ugbazghi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.F.) 454

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d’immigration—Contrôle judiciaire de la décision d’un agent d’immigration qui a refusé une demande de résidence permanente parce que la demanderesse avait été déclarée interdite de territoire pour raison de sécurité conformément à l’art. 34(1)f) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—Le défendeur a demandé en vertu de l’art. 87 de la Loi l’interdiction de divulgation de certaines pages du dossier certifié du tribunal qui contenaient censément des renseignements confidentiels qui, s’ils étaient divulgués, pourraient porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui—La demande fondée sur l’art. 87 a été accueillie en partie—Examen du processus, recensement des difficultés et présentation de suggestions quant aux améliorations à apporter à l’application pratique du processus.

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Contrôle judiciaire de la décision d’un agent d’immigration qui a refusé une demande de résidence permanente parce que la demanderesse avait été déclarée interdite de territoire pour raison de sécurité conformément à l’art. 34(1)f) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—La demanderesse, une citoyenne de l’Éthiopie d’origine érythréenne, a été reconnue comme membre du Front de libération de l’Érythrée (FLE), une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle s’est livrée au terrorisme—La demanderesse a déclaré qu’elle avait été membre du FLE, mais elle a précisé par la suite qu’elle était membre d’un groupe de soutien du FLE, pas du FLE—Le mot « membre » paraissant à l’art. 34(1)f) doit recevoir une interprétation large et libérale—L’agent ne s’est pas seulement fondé sur l’aveu antérieur de la demanderesse concernant son appartenance au FLE; il a également tenu compte de ses activités, etc.—Selon la description que la demanderesse a donnée du groupe de soutien du FLE, ce groupe a adhéré aux objectifs et activités du FLE et a contribué à atteindre ses objectifs et à promouvoir ses activités—L’art. 34(1) vise à ratisser très large afin de couvrir une large gamme de comportements—Le critère relatif à l’interdiction de territoire consiste à déterminer s’il y a des « motifs raisonnables de croire » qu’un ressortissant étranger était membre d’une organisation dont il y a des « motifs raisonnables de croire » qu’elle est, a été ou sera l’auteur d’un acte de terrorisme—La décision de l’agent n’était pas déraisonnable—Demande rejetée.

CONTENTS (Continued)

Worthington v. Canada (F.C.) 311

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Citizens—Judicial review of decision by case analyst refusing application for citizenship under *Citizenship Act*, s. 3 by American citizen whose adoptive parents born in Canada—Told adoptive children must make application under Act, s. 5—That application, including application for discretionary grant of citizenship under s. 5(4), refused—Subsequent application under Act, s. 3 also refused because, *inter alia*, documentation submitted in support insufficient—Failure to notify applicant additional information required breaching doctrine of legitimate expectation as applicant told he would receive such notification—Distinction drawn by Act, s. 3(1)(e) between natural-born and adoptive children contrary to Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15, not justified under s. 1—Application allowed.

Constitutional Law—Charter of Rights—Equality Rights—Applicant (Duane Edward Worthington), American citizen whose adoptive parents born in Canada, applying for citizenship under *Citizenship Act*, s. 3(1)(e)—Only natural-born children eligible to apply under that section, adoptive children having to apply under s. 5—This formal distinction on basis of personal characteristic (adoptive child status) analogous ground of discrimination, amounting to discrimination under Charter, s. 15—Act, s. 3(1)(e) not saved under s. 1 as not minimally impairing rights of foreign-born adoptive children of Canadian parents.

Constitutional law—Charter of Rights—Limitation Clause—*Citizenship Act*, s. 3(1)(e) discriminatory as denying adoptive children of Canadian citizens opportunity to obtain “deemed” citizenship—Charter, s. 15 violation not saved under Charter s. 1—Objectives pressing, substantial—Rational connection between goals of legislation, rights violation—But scheme not minimally impairing rights of foreign-born adoptive children of Canadian parents.

Administrative Law—Judicial Review—Grounds of Review—Procedural fairness—Applicant (Duane Edward Worthington) applying for citizenship under *Citizenship Act*, s. 3—Told would be contacted should additional information be required, which was not done—Application refused on basis, *inter alia*, insufficient documentation submitted—Doctrine of legitimate

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Worthington c. Canada (C.F.) 311

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Citoyens—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle une analyste de cas a refusé la demande de citoyenneté présentée en vertu de l’art. 3 de la *Loi sur la citoyenneté* par un citoyen américain dont les parents adoptifs sont nés au Canada—On lui a dit que les enfants adoptifs doivent présenter une demande en vertu de l’art. 5 de la Loi—Cette demande, y compris la demande soumise dans le cadre du régime d’attribution discrétionnaire de la citoyenneté en vertu de l’art. 5(4), a été refusée—Une demande ultérieure présentée en vertu de l’art. 3 de la Loi a aussi été refusée parce que, entre autres, les documents soumis à l’appui étaient insuffisants—L’omission d’aviser le demandeur que d’autres renseignements étaient nécessaires ne répond pas à la règle de l’expectative légitime parce qu’on avait dit au demandeur que l’on communiquerait avec lui dans un tel cas—La distinction qu’opère l’art. 3(1)(e) de la Loi entre les enfants biologiques et les enfants adoptifs viole l’art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés et cette violation n’est pas justifiée par application de l’article premier—Demande accueillie.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits à l’égalité—Le demandeur, Duane Edward Worthington, un citoyen américain dont les parents adoptifs sont nés au Canada, a présenté une demande de citoyenneté en vertu de l’art. 3(1)(e) de la *Loi sur la citoyenneté*—Seuls les enfants biologiques sont habiles à devenir citoyens en vertu de cet article; les enfants adoptifs doivent présenter leur demande de citoyenneté conformément à l’art. 5—Cette distinction formelle fondée sur une caractéristique personnelle (situation d’enfant adoptif) constitue un motif analogue de discrimination, qui correspond à de la discrimination en vertu de l’art. 15 de la Charte—L’art. 3(1)(e) de la Loi n’est pas sauvegardé par application de l’article premier parce qu’il ne porte pas atteinte de façon minimale aux droits des enfants nés à l’étranger qui ont été adoptés par des parents canadiens.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Clause limitative—L’art. 3(1)(e) de la *Loi sur la citoyenneté* est discriminatoire à l’endroit des enfants adoptés par des citoyens canadiens en leur refusant la possibilité d’être « réputés » avoir la qualité de citoyen—La violation de l’art. 15 de la Charte n’est pas sauvegardée par application de l’article premier de la Charte—Les objectifs sont urgents et réels—Lien rationnel entre les objectifs de la loi et la violation des droits—Le régime ne porte pas atteinte de façon minimale aux droits des enfants nés à l’étranger qui ont été adoptés par des parents canadiens.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Motifs—Équité procédurale—Le demandeur (Duane Edward Worthington) a présenté une demande de citoyenneté en vertu de l’art. 3 de la *Loi sur la citoyenneté*—On lui a dit que l’on communiquerait avec lui si on avait besoin d’autres renseignements, ce qui n’a pas été fait—La demande a été refusée au motif que, entre

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

expectation articulated in *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, applied—Promise made to, relied upon by applicant clear, unambiguous, unqualified—Applicant thus having legitimate expectation, that expectation breached.

Practice—Parties—Standing—American-born child adopted by Canadian parents having standing to challenge constitutionality of former *Citizenship Act* as already faced hardship under impugned provision—Court not being asked to apply Charter retroactively as current continuing application of former Act at issue.

SOMMAIRE (Fin)

autres, des documents insuffisants avaient été produits —Application de la règle de l'attente légitime formulée dans l'arrêt *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*—La promesse faite au demandeur, et à laquelle il s'est fié, était claire, nette et absolue—Le demandeur avait donc une attente légitime et l'analyste de cas a fait défaut d'y répondre.

Pratique—Parties—Qualité pour agir—L'enfant né aux États-Unis qui a été adopté par des parents canadiens a la qualité nécessaire pour contester la constitutionnalité de l'ancienne *Loi sur la citoyenneté* parce qu'il a déjà subi un préjudice en raison de la disposition contestée—Comme c'est le fait que l'ancienne loi s'applique toujours qui est en cause, le demandeur ne demandait pas à la Cour d'appliquer la Charte rétroactivement.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

G.D. Searle & Co. v. Canada (Minister of Health), (T-884-07, 2008 FC 437) has been affirmed on appeal (A-208-08, 2009 FCA 35), reasons for judgment handed down February 9, 2009.

Kamel v. Canada (Attorney General), [2009] 1 F.C.R. 59 (F.C.) has been reversed on appeal (A-167-08, 2009 FCA 21). The reasons for judgment, handed down January 23, 2009, will be published in the *Federal Courts Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Khosa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2007] 4 F.C.R. 332 (F.C.A.), has been reversed on appeal (2009 SCC 12). The reasons for judgment, handed down March 6, 2009, will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for leave to appeal

Cousins v. Canada (Attorney General), A-266-07, A-267-07, A-269-07, A-270-07, A-271-07, 2008 FCA 226, Blais J.A., judgment dated June 26, 2008, leave to appeal to S.C.C. refused March 5, 2009.

Shell Canada Ltd. v. P.T. Sari Incofood Corp., A-455-05, 2008 FCA 279, Noël J.A., judgment dated September 19, 2008, leave to appeal to S.C.C. refused February 19, 2009.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *G.D. Searle & Co. c. Canada (Ministre de la Santé)*, (T-884-07, 2008 CF 437) a été confirmée en appel (A-208-08, 2009 CAF 35), les motifs du jugement ayant été prononcés le 9 février 2009.

La décision *Kamel c. Canada (Procureur général)*, [2009] 1 R.C.F. 59 (C.F.) a été infirmée en appel (A-167-08, 2009 CAF 21). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 23 janvier 2009, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Khosa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 4 R.C.F. 332 (C.A.F.), a été infirmé en appel (2009 CSC 12). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 6 mars 2009, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour Suprême*.

Demands d'autorisation de pourvoi

Cousins c. Canada (Procureur général), A-266-07, A-267-07, A-269-07, A-270-07, A-271-07, 2008 CAF 226, le juge Blais, J.C.A., jugement en date du 26 juin 2008, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 5 mars 2009.

Shell Canada Ltd. c. P.T. Sari Incofood Corp., A-455-05, 2008 CAF 279, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 19 septembre 2008, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 19 février 2009.

**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2009, Vol. 1, Part 2

2009, Vol. 1, 2^e fascicule

A-79-07
2008 FCA 108

A-79-07
2008 CAF 108

Pfizer Canada Inc. and Warner-Lambert Company, LLC (*Appellants*)

Pfizer Canada Inc. et Warner-Lambert Company, LLC (*appelantes*)

v.

c.

Minister of Health and Ranbaxy Laboratories Limited (*Respondents*)

Ministre de la Santé et Ranbaxy Laboratories Limited (*intimés*)

INDEXED AS: PFIZER CANADA INC. v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : PFIZER CANADA INC. c. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Linden, Nadon and Ryer J.J.A.—Ottawa, May 22, 2007; March 20, 2008.

Cour d'appel fédérale, juges Linden, Nadon et Ryer, J.C.A.—Ottawa, 22 mai 2007; 20 mars 2008.

Patents — Infringement — Appeal from Federal Court order dismissing appellants' application for order prohibiting Minister of Health from issuing notice of compliance (NOC) to Ranbaxy Laboratories Limited with respect to atorvastatin calcium until after expiry of Canadian Letters Patents No. 2021546 ('546 patent) — '546 patent claiming selection of large class of cholesterol-lowering compounds covered by U.S. patent 4681893 ('893 patent), Canadian equivalent patent 1268768 ('768 patent) — '546, '768 patents listed with respect to atorvastatin calcium tablets — Ranbaxy seeking NOC for "Ran-Atorvastin", sent notice of allegation (NOA) challenging validity of '546 patent for obviousness, double patenting, insufficiency, anticipation — Federal Court holding '546 patent invalid because not meeting requirements of sufficient disclosure in Patent Act, s. 27(3) — (1) Ranbaxy's allegations irrelevant to disclosure requirement under Act, s. 27(3) — Federal Court incorrectly construing '546 patent as promising tenfold increase in activity for atorvastatin — Analysis under Act, s. 27(3) concerned with sufficiency of disclosure needed by person skilled in art to use invention as successfully as patentee, not sufficiency of data underlying invention — '546 patent fulfilling s. 27(3) disclosure requirements — (2) By not attacking sufficiency of data underlying invention claimed in '546 patent under headings of obviousness, double patenting, anticipation, Ranbaxy failed to challenge validity of selection — Thus no need to examine allegations under those headings — Appeal allowed.

Brevets — Contrefaçon — Appel d'une ordonnance de la Cour fédérale rejetant la demande des appelantes en vue d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité (AC) à Ranbaxy Laboratories Limited à l'égard de l'atorvastatine calcique jusqu'à expiration du brevet canadien n° 2021546 (le brevet '546) — Le brevet '546 revendique une sélection de l'importante classe de composés hypocholestérolémiants visés par le brevet américain 4681893 (le brevet '93) et son équivalent canadien, le brevet 1268768 (le brevet '768) — Les brevets '546 et '768 sont inscrits à l'égard de comprimés d'atorvastatine calcique — Ranbaxy sollicitait un AC pour son produit « Ran-Atorvastin » et a envoyé un avis d'allégation (AA) contestant la validité du brevet '546 pour cause d'évidence, de double brevet, d'insuffisance et d'antériorité — La Cour fédérale a statué que le brevet '546 était invalide parce qu'il ne respectait pas les exigences de divulgation suffisante prévues à l'art. 27(3) de la Loi sur les brevets — 1) Les allégations de Ranbaxy n'avaient rien à voir avec l'exigence de divulgation énoncée à l'art. 27(3) de la Loi — La Cour fédérale a commis une erreur d'interprétation lorsqu'elle a estimé que le brevet '546 assurait que l'atorvastatine avait une activité dix fois supérieure — Une analyse menée en vertu de l'art. 27(3) de la Loi met en cause le caractère suffisant de la divulgation nécessaire à la personne versée dans l'art pour qu'elle utilise l'invention avec le même succès que le breveté et non le caractère suffisant des données sous-jacentes à l'invention — Le brevet '546 répondait aux exigences de divulgation de l'art. 27(3) — 2) En n'attaquant pas le caractère suffisant des données sous-tendant l'invention revendiquée dans le brevet '546 sous les rubriques d'évidence, de double brevet et d'antériorité, Ranbaxy n'a pas contesté la validité de la sélection — Point n'était besoin d'examiner les assertions sous ces rubriques — Appel accueilli.

This was an appeal from a Federal Court order dismissing the appellants' application for an order prohibiting the Minister

Il s'agissait d'un appel d'une ordonnance de la Cour fédérale rejetant la demande des appelantes en vue d'obtenir une

of Health from issuing a notice of compliance (NOC) to Ranbaxy Laboratories Limited with respect to atorvastatin calcium until after the expiration of Canadian Letters Patents No. 2021546 ('546 patent). The '546 patent claims a selection of the large class of cholesterol-lowering compounds called statins covered by U.S. patent 4681893 ('893 patent) and its equivalent, Canadian Letters Patent 1268768 ('768 patent). The '546 and '768 patents are listed with respect to atorvastatin calcium tablets marketed by Pfizer under the trade-name "Lipitor". Ranbaxy filed an abbreviated new drug submission (ANDS), seeking an NOC for its drug product "Ran-Atorvastin" comparing it to "Lipitor" for the purposes of demonstrating bioequivalence. It sent a notice of allegation (NOA) to Pfizer, alleging non-infringement of the '768 patent and invalidity of the '546 patent for obviousness, double patenting, insufficiency and anticipation. Pfizer then filed a notice of application disputing Ranbaxy's allegations. The Federal Court dismissed Pfizer's prohibition application because it found that the allegation of non-infringement regarding the '768 patent was not justified. It also found that the '546 patent was invalid because it did not meet the requirements of sufficient disclosure pursuant to subsection 27(3) of the *Patent Act* (Act). The Federal Court adopted the same construction of the '546 patent as it had in a previous case (*Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*), finding that the patent promised a tenfold increase in activity for atorvastatin in comparison to the racemic mixture. However, it held that the data did not substantiate that promise and as a result the disclosure of the '546 patent was insufficient because it failed to comply with the requirements of subsection 27(3) to "correctly and fully" describe the invention, its operation or use.

Held, the appeal should be allowed.

(1) The Federal Court wrongly dismissed Pfizer's application on the basis of insufficiency. It mischaracterized the scope of the disclosure requirement under subsection 27(3) of the Act and allowed Ranbaxy to attack, through an alternative means, the patent's utility, novelty and/or obviousness. The Court's reasoning was inconsistent with the purpose of subsection 27(3), which is to enable construction and use of devices contained in the patent after expiry thereof and to enable others to know the boundaries of the privilege upon which they must not trespass during the life of the patent.

The '546 patent is a selection patent. The basis for the patent is that the compounds claimed therein display a special advantage, namely the surprising and unexpected inhibition of cholesterol biosynthesis, i.e. greater than twofold. Ranbaxy claimed the '546 patent was invalid on the basis of insufficient support, alleging Pfizer's data was unreliable. Ranbaxy's allegations had nothing to do with the disclosure requirement

ordonnance qui interdisait au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité (AC) à Ranbaxy Laboratories Limited à l'égard de l'atorvastatine calcique et ce, jusqu'à expiration du brevet canadien n° 2021546 (le brevet '546). Le brevet '546 revendique une sélection de l'importante classe de composés hypocholestérolémiantes appelés statines visés par le brevet américain 4681893 (le brevet '893) et son équivalent canadien, le brevet 1268768 (le brevet '768). Les brevets '546 et '768 sont inscrits à l'égard de comprimés d'atorvastatine calcique commercialisés par Pfizer sous le nom commercial « Lipitor ». Ranbaxy a déposé une présentation abrégée de drogue nouvelle (PADN) en vue d'obtenir un AC pour son produit pharmaceutique « Ran-Atorvastin », le comparant à « Lipitor » pour démontrer sa bioéquivalence. Elle a envoyé un avis d'allégation (AA) à Pfizer dans lequel elle a allégué qu'elle ne contreferaient pas le brevet '768 et que le brevet '546 était invalide pour cause d'évidence, de double brevet, d'insuffisance et d'antériorité. Pfizer a alors déposé un avis de demande par lequel elle a contesté les allégations de Ranbaxy. La Cour fédérale a rejeté la demande d'interdiction de Pfizer parce qu'elle a conclu que l'allégation d'absence de contrefaçon du brevet '768 n'était pas justifiée. En outre, elle a conclu que le brevet '546 était invalide parce qu'il ne respectait pas les exigences en matière de divulgation suffisante énoncées au paragraphe 27(3) de la *Loi sur les brevets* (la Loi). La Cour fédérale a adopté la même interprétation du brevet '546 que dans un arrêt antérieur (*Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*), statuant que le brevet assurait que l'atorvastatine avait une activité dix fois supérieure à celle du mélange racémique. Cependant, elle a conclu que les données n'ont pas prouvé cette promesse et, en conséquence, la divulgation faite dans le brevet '546 était insuffisante parce qu'elle ne respectait pas les exigences du paragraphe 27(3) de décrire « d'une façon exacte et complète » l'invention et son application ou exploitation.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

1) La Cour fédérale a eu tort de rejeter la demande de Pfizer sur le fondement de l'insuffisance. Elle a mal défini la portée de l'exigence de divulgation suivant le paragraphe 27(3) de la Loi et a permis à Ranbaxy d'attaquer, par un autre moyen, l'utilité, la nouveauté ou l'évidence du brevet. Le raisonnement de la Cour était incompatible avec l'objet du paragraphe 27(3), qui est de permettre la construction et l'utilisation des dispositifs contenus dans le brevet après son expiration et de permettre aux autres de connaître les frontières du privilège sur lesquelles ils ne peuvent pas empiéter tant que l'octroi est valide.

Le brevet '546 est un brevet de sélection. Le brevet est fondé sur le fait que les composés qui sont revendiqués comportent un avantage particulier, à savoir l'activité surprenante et inattendue d'inhibition de la biosynthèse du cholestérol, c'est-à-dire une activité plus de deux fois supérieure. Ranbaxy alléguait que le brevet '546 était invalide pour cause d'insuffisance, prétendant que les données de Pfizer étaient peu

under subsection 27(3) but were relevant to the utility, novelty and/or obviousness of the patent (validity of the patent).

The Federal Court incorrectly construed the '546 patent as promising a tenfold increase in activity for atorvastatin as opposed to the racemate. The promise is that the compounds covered have an “unexpected and surprising inhibition of biosynthesis of cholesterol” i.e. greater than twofold. Because a patent is notionally addressed to a person skilled in the art, its claims must be construed purposively, through the eyes of a person skilled in the art. A person skilled in the art will not read the patent as promising the exact increase in activity set out in the data table. An analysis under subsection 27(3) is concerned with the sufficiency of the disclosure needed by the person skilled in the art to use the invention as successfully as the patentee, not the sufficiency of the data underlying the invention. The requirement that the specification of a patent be truthful and not be misleading is not covered by subsection 27(3) but rather by subsection 53(1) of the Act. The '546 patent answered each of the required questions as to what the invention is and how it works and also disclosed the advantage that underlies the selection.

(2) By not attacking the sufficiency of the data that underlies the invention claimed in the '546 patent under the headings of obviousness, double patenting and anticipation, Ranbaxy did not challenge the validity of the selection and there was no need to examine its allegations under those headings. Regardless, its double patenting allegations were not justified since the '441 patent covers processes whereas the '546 patent covers compounds. As well, its allegation that the '546 patent was anticipated by the '768 patent, which discloses atorvastatin calcium was also not justified. A claim to a specific chemical compound cannot be anticipated by a prior art reference, which only teaches a broad class of compounds into which the compound falls, because the prior art reference does not give directions which inevitably result in the specific compound. Ranbaxy did not allege that the prior art teaches that the calcium salt of atorvastatin would have greater inhibition activity than expected (i.e. more than twofold).

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870, s. C.08.004 (as am. by SOR/95-411, s. 6).
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 27(3) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 31), 53(1).

fiables. Les allégations de Ranbaxy n'avaient rien à voir avec l'exigence de divulgation énoncée au paragraphe 27(3), mais elles étaient pertinentes pour l'analyse de l'utilité, de la nouveauté ou de l'évidence du brevet (la validité du brevet).

La Cour fédérale a commis une erreur d'interprétation lorsqu'elle a estimé que le brevet '546 assurait que l'atorvastatine avait une activité dix fois supérieure à celle du mélange racémique. L'assurance donnée est que les composés en cause « inhibent de façon inattendue et surprenante la biosynthèse du cholestérol », soit par une activité plus de deux fois supérieure. Du fait que le brevet s'adresse, quant au fond, à une personne versée dans l'art, ses revendications doivent être interprétées en fonction de leur objet, comme le ferait une personne versée dans l'art. Une telle personne n'estimera pas que le brevet promet l'augmentation exacte de l'activité indiquée dans le tableau des données. Une analyse menée en vertu du paragraphe 27(3) met en cause le caractère suffisant de la divulgation nécessaire à la personne versée dans l'art pour qu'elle utilise l'invention avec le même succès que le breveté et non le caractère suffisant des données sous-jacentes à l'invention. C'est le paragraphe 53(1) de la Loi, et non le paragraphe 27(3), qui exige que le mémoire descriptif d'un brevet soit conforme à la vérité et n'induisse personne en erreur. Le brevet '546 répondait aux questions pertinentes, à savoir en quoi consistait l'invention et comment elle fonctionnait. Qui plus est, le brevet '546 divulguait les avantages conférés par la sélection.

2) En n'attaquant pas le caractère suffisant des données sous-tendant l'invention revendiquée dans le brevet '546 sous les rubriques d'évidence, de double brevet et d'antériorité, Ranbaxy n'a pas contesté la validité de la sélection. Il n'était donc pas nécessaire d'examiner ses assertions sous ces rubriques. Quoi qu'il en soit, ses assertions de double brevet n'étaient pas justifiées parce que le brevet '441 se rapporte à des procédés, alors que le brevet '546 se rapporte à des composés. De même, son allégation selon laquelle le brevet '546 était précédé par le brevet '768, qui divulgue l'atorvastatine calcique, n'était pas justifiée. La revendication d'un composé chimique particulier ne peut avoir été anticipée par une antériorité citée qui porte seulement sur une vaste classe de genre de composés à laquelle appartient le composé en cause, parce que cette antériorité ne donne pas de directives menant infailliblement au composé particulier. Ranbaxy n'a pas prétendu que l'antériorité montre que le sel de calcium de l'atorvastatine aurait une activité inhibitrice supérieure à celle qu'on prévoyait (c'est-à-dire plus de deux fois supérieure).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 27(3) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 31), 53(1).
Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870, art. C.08.004 (mod. par DORS/95-411, art. 6).

Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 6 (as am. by SOR/98-166, s. 5; 2006-242, s. 3; *erratum C.Gaz.* 2006.II.1875(E)).

Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 6 (mod. par DORS/98-166, art. 5; 2006-242, art. 3; *erratum Gaz. C.* 2006.II.1875(A)).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health) (2006), 54 C.P.R. (4th) 279; 303 F.T.R. 284; 2006 FC 1471; *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504; (1981), 122 D.L.R. (3d) 203; 56 C.P.R. (2d) 145; 35 N.R. 390; *Pioneer Hi-Bred Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [1989] 1 S.C.R. 1623; (1989), 60 D.L.R. (4th) 223; 25 C.P.R. (3d) 257; 25 C.I.P.R. 3. 97 N.R. 185; *R. v. American Optical Company et al.* (1950), 11 Fox Pat. C. 62.

CONSIDERED:

Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health), [2007] 2 F.C.R. 137; (2006) 272 D.L.R. (4th) 756; (2006) 351 N.R. 189; (2006) 52 C.P.R. (4th) 241; 2006 FCA 214; *Beecham Group Ltd. v. Bristol Laboratories International S.A.*, [1978] R.P.C. 521 (H.L.); *American Cyanamid v. Ethicon Limited*, [1979] R.P.C. 215 (Ch. D.); *Pharmascience Inc. v. Sanofi-Aventis Canada Inc.*, [2007] 2 F.C.R. 103; (2006) 275 D.L.R. (4th) 357; (2006) 53 C.P.R. (4th) 453; (2006) 352 N.R. 99; 2006 FCA 229; *Free World Trust v. Electro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024; (2000), 194 D.L.R. (4th) 232; 9 C.P.R. (4th) 168; 263 N.R. 150; 2000 SCC 66.

REFERRED TO:

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; 2002 SCC 33; *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067; (2000), 194 D.L.R. (4th) 193; 9 C.P.R. (4th) 129; 263 N.R. 88; 2000 SCC 67; *Sanofi-Synthelabo Canada Inc. v. Apotex Inc.* (2005), 39 C.P.R.(4th) 202; 271 F.T.R. 159; 2005 FC 390; *affd* (2006), 282 D.L.R. (4th) 179; 59 C.P.R. (4th) 46; 358 N.R. 135; 2006 FCA 421; *Aventis Pharma Inc. v. Mayune Pharma (Canada) Inc.* (2005), 42 C.P.R. (4th) 481; 2005 FC 1183; *GlaxoSmithKline Inc. v. Apotex Inc.* (2003), 27 C.P.R. (4th) 114; (2003), 234 F.T.R. 251; 2003 FCT 687; *Beloit Canada Ltd. v. Valmet OY* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289; 64 N.R. 287 (F.C.A.); *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.* (1997), 77 C.P.R. (3d) 547 (F.C.T.D.).

AUTHORS CITED

Canadian Intellectual Property Office. *Manual of Patent Office Practice*, section 11.12., 2006.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé), 2006 CF 1471; *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504; *Pioneer Hi-Bred Ltd. c. Canada (Commissaire des brevets)*, [1989] 1 R.C.S. 1623; *R. v. American Optical Company et al.* (1950), 11 Fox Pat. C. 62.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé), [2007] 2 R.C.F. 137; 2006 CAF 214; *Beecham Group Ltd. v. Bristol Laboratories International S.A.*, [1978] R.P.C. 521 (H.L.); *American Cyanamid v. Ethicon Limited*, [1979] R.P.C. 215 (Ch. D.); *Pharmascience Inc. c. Sanofi-Aventis Canada Inc.*, [2007] 2 R.C.F. 103; 2006 CAF 229; *Free World Trust c. Electro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024; 2000 CSC 66.

DÉCISIONS CITÉES :

Housen c. Nikolaisen, [2002] 2 R.C.S. 235; 2002 CSC 33; *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067; 2000 CSC 67; *Sanofi-Synthelabo Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2005 CF 390; *conf. par* 2006 CAF 421; *Aventis Pharma Inc. c. Mayune Pharma (Canada) Inc.*, 2005 CF 1183; *GlaxoSmithKline Inc. c. Apotex Inc.*, 2003 CFPI 687; *Beloit Canada Ltd. c. Valmet OY* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289; 64 N.R. 287 (C.A.F.); *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.* (1997), 77 C.P.R. (3d) 547 (C.F. 1^{re} inst.).

DOCTRINE CITÉE

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

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

Henderson, Gordon F., ed. *Patent Law of Canada*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.

Hughes, Roger T. *Hughes & Woodley on Patents*, 2nd ed. looseleaf. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2005.

Henderson, Gordon F., éd. *Patent Law of Canada*. Scarborough, Ont. : Carswell, 1994.

Hughes, Roger T. *Hughes & Woodley on Patents*, 2^e éd. (feuilles mobiles). Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2005.

Office de la propriété intellectuelle du Canada. *Recueil des pratiques du Bureau des brevets*, article 11.12. Bureau des brevets, 2006.

APPEAL from a Federal Court order ((2007), 56 C.P.R. (4th) 96; 2007 FC 91) dismissing the appellants application for an order prohibiting the Minister of Health from issuing a notice of compliance to Ranbaxy Laboratories Limited with respect to atorvastatin calcium until after the expiry of Canadian Letters Patents No. 2021546 ('546 patent). Appeal allowed.

APPEL d'une ordonnance de la Cour fédérale (2007 CF 91) rejetant la demande des appelantes en vue d'obtenir une ordonnance qui interdisait au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à Ranbaxy Laboratories Limited à l'égard de l'atorvastatine calcique et ce, jusqu'à expiration du brevet canadien n° 2021546 (le brevet '546). Appel accueilli.

APPEARANCES:

Andrew M. Shaughnessy, Peter R. Wilcox and W. Grant Worden for appellants.

Ronald E. Dimock, Angela M. Furlanetto and David M. Reive for respondent Ranbaxy Laboratories Ltd.

ONT COMPARU :

Andrew M. Shaughnessy, Peter R. Wilcox et W. Grant Worden pour les appelantes.

Ronald E. Dimock, Angela M. Furlanetto et David M. Reive pour l'intimée Ranbaxy Laboratories Ltd.

SOLICITORS OF RECORD:

Torys LLP, Toronto, for appellants.

Dimock Stratton LLP, Toronto, for respondent Ranbaxy Laboratories Ltd.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Torys LLP, Toronto, pour les appelantes.

Dimock Stratton LLP, Toronto, pour l'intimée Ranbaxy Laboratories Ltd.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

NADON J.A.:

LE JUGE NADON, J.C.A. :

INTRODUCTION

[1] This is an appeal from an order of von Finckenstein J. of the Federal Court ((2007), 56 C.P.R. (4th) 96), dated January 25, 2007, dismissing the application of Pfizer Canada Inc. and Warner-Lambert Company, LLC (collectively Pfizer) made pursuant to section 6 [as am. by SOR/98-166, s. 5; 2006-242, s. 3; *erratum C.Gaz.* 2006.II.1875(E)] of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, for an order prohibiting the Minister of Health from issuing a notice of compliance (NOC) to

INTRODUCTION

[1] Il s'agit de l'appel d'une ordonnance du juge von Finckenstein de la Cour fédérale, 2007 CF 91, en date du 25 janvier 2007, rejetant la demande de Pfizer Canada Inc. et Warner-Lambert Company, LLC (collectivement Pfizer) présentée en vertu de l'article 6 [mod. par DORS/98-166, art. 5; 2006-242, art. 3; *erratum Gaz.C.* 2006.II.1875(A)] du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, en vue d'obtenir une ordonnance qui interdirait au ministre de la Santé de délivrer un avis de

Ranbaxy Laboratories Limited (Ranbaxy) with respect to atorvastatin calcium until after the expiration of Canadian Letters Patent No. 2021546 (the '546 patent).

[2] Pfizer asks this Court to set aside the order of von Finkenstein J. and to issue a prohibition order, with costs on the appeal and the application.

THE FACTS

[3] U.S. patent 4681893 (the '893 patent) and its equivalent Canadian Letters Patent No. 1268768 (the '768 patent) cover a large class of cholesterol-lowering compounds called statins, which decrease the production of cholesterol in the human body by inhibiting HMG-CoA reductase, an enzyme involved in the biosynthesis of cholesterol.

[4] On April 29, 1997, the '546 patent was issued to Warner-Lambert Company, a predecessor of the appellant Warner-Lambert Company, LLC. The patent has a filing date of July 19, 1990, and a publication date of January 22, 1991. It expires on July 19, 2010.

[5] The '546 patent claims a selection of the compounds covered by the '893 and '768 patents. It contains 12 claims directed at the lactone, dihydroxy-acid and five pharmaceutically acceptable salts of atorvastatin.

[6] Atorvastatin is an enantiomer. Enantiomers are molecules having the same chemical structure but differing in terms of the three-dimensional arrangements of their atoms. Each enantiomer is the non-superimposable mirror image of the other enantiomer. A racemic mixture or racemate is a 50/50 mixture of the two enantiomers of a molecule. Although enantiomers have the same physical, chemical and spectral properties, their biological properties are often different. In general, one enantiomer is biologically active while the other is inactive. As a result, the active enantiomer is generally two times more active than the racemate.

[7] The '546 and '768 patents are listed with respect to atorvastatin calcium 10 mg, 20 mg, 40 mg and 80 mg

conformité (AC) à Ranbaxy Laboratories Limited (Ranbaxy) à l'égard de l'atorvastatine calcique et ce, jusqu'à expiration du brevet canadien n° 2021546 (le brevet '546).

[2] Pfizer demande à la Cour d'annuler l'ordonnance du juge von Finkenstein et de prononcer une ordonnance d'interdiction, avec dépens pour l'appel et la demande.

LES FAITS

[3] Le brevet américain 4681893 (le brevet '893) et son équivalent canadien, le brevet 1268768 (le brevet '768) englobent une importante classe de composés hypocholestérolémiants appelés statines, qui diminuent la production de cholestérol dans l'organisme humain en inhibant l'HMG-CoA réductase, enzyme qui participe à la biosynthèse du cholestérol.

[4] Le 29 avril 1997, le brevet '546 a été délivré à Warner-Lambert Company, prédécesseur de l'appelante Warner-Lambert Company, LLC. La date du dépôt du brevet est le 19 juillet 1990 et la date de publication, le 22 janvier 1991. Il expire le 19 juillet 2010.

[5] Le brevet '546 revendique une sélection des composés visés par les brevets '893 et '768. Il contient 12 revendications concernant le lactone, l'acide dihydroxy et cinq sels pharmaceutiquement acceptables de l'atorvastatine.

[6] L'atorvastatine est un énantiomère. Les énantiomères sont des molécules qui possèdent la même structure chimique, mais qui diffèrent du point de vue des arrangements tridimensionnels de leurs atomes. Chaque énantiomère est l'image miroir non superposable de l'autre énantiomère. Un mélange racémique ou un racémate est un mélange composé des deux énantiomères d'une molécule en proportions égales (50/50). Bien que les énantiomères aient les mêmes propriétés physiques, chimiques et spectrales, leurs propriétés biologiques varient souvent. En général, un énantiomère est actif sur le plan biologique alors que l'autre est inactif. De ce fait, l'énantiomère actif est généralement deux fois plus actif que le racémate.

[7] Les brevets '546 et '768 sont inscrits sur la liste de brevets à l'égard de comprimés d'atorvastatine calcique

tablets (the calcium salt of atorvastatin) and marketed by Pfizer under the trade-name “Lipitor”.

[8] Ranbaxy filed an abbreviated new drug submission (ANDS) with the Minister, seeking an NOC for its drug product “Ran-Atorvastatin”, comparing it to “Lipitor” for the purposes of demonstrating bioequivalence. In its ANDS, Ranbaxy referenced the '546 and the '768 patents, as required to by the Regulations.

[9] On January 31, 2005, Ranbaxy sent a notice of allegation (NOA) to Pfizer, alleging that in making, using and selling its product, it would not infringe the '768 patent and that the '546 patent was invalid for obviousness, double patenting, insufficiency and anticipation.

[10] Pfizer responded to Ranbaxy’s NOA by filing a notice of application on March 17, 2005, disputing the allegations found in the NOA and arguing that they were not justified.

THE DECISION BELOW

[11] On January 25, 2007, von Finkenstein J. dismissed Pfizer’s prohibition application. First, he found that the allegation of non-infringement with respect to the '768 patent was not justified. That finding was not appealed by Ranbaxy. Second, with respect to the '546 patent, the Judge concluded that the patent was invalid because it did not meet the requirements of subsection 27(3) [as am. by S.C. 1993, c.15, s. 31] of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 (the Act).

[12] The applications Judge began his examination of the allegations made against the '546 patent by construing claim 6 of the patent which claims the calcium salt of atorvastatin. Although claim 6 is the only claim at issue in these proceedings, claims 1, 2 and 6 are relevant and they read as follows:

CLAIMS

1. [R-(R*,R*)]-2-(4-fluorophenyl)-.beta.,.delta.-dihydroxy-5-(1-methylethyl)-3-phenyl-4-[(phenylamino)-cabonyl]-1H-

de 10 mg, 20 mg, 40 mg et 80 mg (sel de calcium de l’atorvastatine) et sont commercialisés par Pfizer sous le nom commercial « Lipitor ».

[8] Ranbaxy a déposé une présentation abrégée de drogue nouvelle (PADN) auprès du ministre en vue d’obtenir un AC pour son produit pharmaceutique « Ran-Atorvastatin », comparant celui-ci à « Lipitor » pour démontrer sa bioéquivalence. Dans sa PADN, Ranbaxy renvoie aux brevets '546 et '768, conformément à la réglementation.

[9] Le 31 janvier 2005, Ranbaxy a envoyé un avis d’allégation (AA) à Pfizer dans lequel elle a allégué qu’advenant la fabrication, l’utilisation ou la vente de son produit, elle ne contreferaient pas le brevet '768, et que le brevet '546 était invalide pour cause d’évidence, de double brevet, d’insuffisance et d’antériorité.

[10] Pfizer a répondu à l’AA de Ranbaxy en déposant, le 17 mars 2005, un avis de demande par lequel elle a contesté les allégations que l’on retrouve dans l’AA et a soutenu que celles-ci n’étaient pas justifiées.

LA DÉCISION DE PREMIÈRE INSTANCE

[11] Le 25 janvier 2007, le juge von Finkenstein a rejeté la demande d’interdiction de Pfizer. Premièrement, il a conclu que l’allégation d’absence de contrefaçon du brevet '768 n’était pas justifiée. Ranbaxy n’a pas porté en appel cette conclusion. Deuxièmement, pour ce qui est du brevet '546, le juge a conclu que le brevet était invalide parce qu’il ne respectait pas les exigences du paragraphe 27(3) [mod. par L.C. 1993, ch.15, art. 31] de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 (la Loi).

[12] Le juge des demandes a commencé son examen des allégations formulées à l’encontre du brevet '546 en interprétant la revendication 6 du brevet, qui revendique le sel de calcium de l’atorvastatine. Bien que la revendication 6 constitue la seule revendication en litige en l’espèce, les revendications 1, 2 et 6 sont pertinentes. Elles sont ainsi rédigées :

REVENDEICATIONS

[TRADUCTION] 1. Acide R-(R*,R*)]-2-(4-fluorophényl)-.beta.,.delta.-dihydroxy-5-(1-méthyléthyl)-3-phényl-4-

pyrrole-1-heptanoic acid or (2R-trans)-5-(4-fluorophenyl)-2-(1-methylethyl-N,4-diphenyl-1-[2-(tetrahydro-4-hydroxy-6-oxo-2H-pyran-2-yl)ethyl]-1H-pyrrol-3-carboxamide; and pharmaceutically acceptable salts thereof.

2. A compound of Claim 1 which is [R-(R*R*)]-2-(4-fluorophenyl)-.beta.,.delta.-dihydroxy-5-((1-methylethyl)-3-phenyl-4-[(phenylamino)-cabonyl]-1H-pyrrole-1-heptanoic acid.

...

6. The hemicalcium salt of the compound of Claim 2.

[13] In *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2006), 54 C.P.R. (4th) 279 (F.C.) (*Novopharm*) von Finkenstein J. was similarly called upon to construe claim 6 of the '546 patent. In that case, he simplified the relevant claims in the following manner (at paragraph 35):

Fortunately, these complex formulae have been given simpler names such that Claims 1, 2 and 6 can be read more easily as follows:

Claim 1: Atorvastatin acid or atorvastatin lactone; and pharmaceutically acceptable salts thereof;

Claim 2: Atorvastatin acid.

Claim 6: The hemicalcium salt of the compound of Claim 2.

[14] He then construed claim 6 as follows (at paragraph 44):

Upon reading the patent, and taking into account the expert advice so as to read through the eyes of a person skilled in the art, the Court reads the disclosure as explaining the following:

– atorvastatin in its lactone form, its corresponding ring-opened acid form, and the pharmaceutically acceptable salts thereof is useful for lowering cholesterol levels in mammals, including humans.

– atorvastatin in its lactone form, its corresponding ring-opened acid form, and its pharmaceutically acceptable salts thereof provides an unexpected and surprising inhibition of cholesterol biosynthesis; unexpected in that it is a ten-fold increase over the inhibition provided by the

[(phénylamino)-carbonyl]-1H-pyrrole-1-heptanoïque, ou (2R-trans)-5-(4-fluorophényl)-2-(1-méthyléthyl-N,4-diphényl-1-[2-(tétrahydro-4-hydroxy-6-oxo-2H-pyran-2-yl)éthyl]-1H-pyrrol-3-carboxamide; et leurs sels pharmaceutiquement acceptables.

2. Un composé énuméré à la revendication 1, l'acide [R-(R*R*)]-2-(4-fluorophényl)-.beta.,.delta.-dihydroxy-5-(1-méthyléthyl)-3-phényl-4-[(phénylamino)-carbonyl]-1H-pyrrole-1-heptanoïque.

[...]

6. Le sel hémicalcique du composé visé par la revendication 2.

[13] Dans la décision *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2006 CF 1471 (*Novopharm*), le juge von Finkenstein a de même été appelé à interpréter la revendication 6 du brevet '546. Dans cette affaire, il a simplifié les revendications pertinentes de la manière suivante (au paragraphe 35) :

[TRADUCTION] Heureusement, ces formules complexes ont reçu des noms plus simples, de façon que les revendications 1, 2 et 6 se lisent plus facilement :

Revendication 1 : atorvastatine sous forme acide ou sous forme lactonique; et les sels pharmaceutiquement acceptables de ces formes.

Revendication 2 : atorvastatine sous forme acide.

Revendication 6 : sel hémicalcique du composé visé par la revendication 2.

[14] Il a ensuite interprété la revendication 6 de la façon suivante (au paragraphe 44) :

[TRADUCTION] Après avoir lu le brevet et pris en considération l'avis des experts de façon à le lire comme le ferait une personne versée dans l'art, la Cour conclut que la divulgation indique ce qui suit :

– L'atorvastatine sous sa forme lactonique et sous sa forme acide à cycle ouvert correspondante, de même que les sels pharmaceutiquement acceptables de ces formes, sont utiles pour abaisser le taux de cholestérol chez les mammifères, y compris chez l'humain.

– L'atorvastatine sous sa forme lactonique et sous sa forme acide à cycle ouvert correspondante, de même que les sels pharmaceutiquement acceptables de ces formes, inhibent de façon inattendue et surprenante la biosynthèse du cholestérol; le résultat inattendu réside dans le fait que

racemic mixture. The data for this ten-fold increase comes from a CSI screen disclosed in the 893 Patent. All compounds for the CSI screen were prepared as described in the 893 Patent.

– the most preferred embodiment of the invention described in the 546 Patent is the hemicalcium salt of the atorvastatin acid.

– the compounds of the lactone form, the corresponding ring-opened acid form, and the pharmaceutically acceptable salts thereof all have generally equivalent utility. [Emphasis added.]

[15] As von Finkenstein J. did not see any material difference between the evidence of the experts before him in *Novopharm*, above, and of those before him in the present matter, he accordingly adopted the same construction as in *Novopharm* (at paragraph 62). Pursuant to that construction, the '546 patent promises a tenfold increase in activity for atorvastatin in comparison to the racemic mixture. The calcium salt of atorvastatin is the preferred embodiment of the invention.

[16] After construing claim 6 of the '546 patent, the Judge turned to the allegation made by Ranbaxy in its NOA that the '546 patent did not fully and correctly describe the invention, contrary to subsection 27(3) of the Act. He therefore examined the data that Pfizer had obtained through two types of assays.

[17] The first type of assay is the cholesterol synthesis inhibition (CSI) screen. It is an *in vitro* assay which measures the effect of a test compound on the entire cholesterol biosynthesis pathway. The ability of the compound to inhibit the reaction is expressed as the IC_{50} value, which represents the amount of test compound required to inhibit cholesterol biosynthesis by 50%. The lower the IC_{50} , the more potent the compound.

[18] The second type of assay is the acute inhibition of cholesterol synthesis (AICS) assay. It is an *in vivo* assay which measures the extent to which a test compound or its metabolites are absorbed, transported and ultimately active in the liver to inhibit cholesterol biosynthesis.

l'atorvastatine a une activité inhibitrice dix fois supérieure à celle du mélange racémique. Les données relatives à cette activité dix fois supérieure sont issues d'un essai d'inhibition de la synthèse du cholestérol (essai CSI), qui est divulgué dans le brevet 893. Tous les composés utilisés pour l'essai CSI ont été préparés de la façon indiquée dans le brevet 893.

– La réalisation privilégiée de l'invention décrite dans le brevet 546 est le sel hémicalcique de la forme acide de l'atorvastatine.

– Les composés de la forme lactonique et de la forme acide à cycle ouvert correspondante, de même que leurs sels pharmaceutiquement acceptables, ont tous une utilité équivalente en général. [Non souligné dans l'original.]

[15] Comme le juge von Finkenstein n'a pas trouvé de différences notables entre les témoignages des experts qui lui ont été présentés dans l'affaire *Novopharm*, et ceux présentés en l'espèce, il a donc adopté la même interprétation que dans *Novopharm* (au paragraphe 62). Suivant cette interprétation, le brevet '546 assure que l'atorvastatine a une activité dix fois supérieure à celle du mélange racémique. Le sel de calcium de l'atorvastatine est la réalisation privilégiée de l'invention.

[16] Après avoir interprété la revendication 6 du brevet '546, le juge s'est penché sur l'allégation formulée par Ranbaxy dans son AA, à savoir que le brevet '546 ne décrivait pas de façon exacte et complète l'invention, dérogeant ainsi au paragraphe 27(3) de la Loi. Il a donc examiné les données obtenues par Pfizer dans deux types d'essais.

[17] Le premier type d'essai est un test d'inhibition de la synthèse du cholestérol (*cholesterol synthesis inhibition*, ou CSI). Il s'agit d'une épreuve *in vitro* qui mesure l'effet d'un composé à l'étude sur toute la voie de biosynthèse du cholestérol. La capacité du composé d'inhiber la réaction est exprimée par la valeur CI_{50} , qui représente la quantité du composé requise pour inhiber de 50 % la biosynthèse du cholestérol. Plus la CI_{50} est faible, plus le composé est actif.

[18] Le second type est l'essai d'inhibition rapide de la synthèse du cholestérol (*acute inhibition of cholesterol synthesis*, ou AICS). C'est un test *in vivo* qui évalue la mesure dans laquelle un composé ou ses métabolites sont absorbés, transportés et exercent finalement dans le foie une activité qui inhibe la biosynthèse du cholestérol.

1. CSI data

[19] The '546 patent refers to a single set of CSI data to support the claim of increased activity for atorvastatin in comparison to the racemate. The applications Judge was of the view that the data could not be relied upon to support a claim of tenfold increase in inhibition for two reasons. First, the data refers to the sodium salt of atorvastatin and not the calcium salt. It is therefore not possible to draw conclusions from one salt to another. Second, the alleged tenfold increase is based on an averaging of data for the racemic salt collected across five different experiments. The averaging of CSI results for the atorvastatin racemate does not provide a scientifically meaningful result.

[20] Before the applications Judge, Pfizer presented the results from the CSI 118 assay, which compares the calcium salt of atorvastatin to the racemic salt of atorvastatin. The applications Judge found that the data could not be relied upon because the test compound was not completely dissolved in the stock solution. Without knowing the concentration of the test compound in the solution, it was not possible to quantify the results of the assay.

2. AICS data

[21] Although the AICS data was not referred to in the '546 patent to support an increase in activity for atorvastatin, the applications Judge nevertheless considered the data. It was a head-to-head comparison of the racemic calcium salt of atorvastatin against the calcium salt of atorvastatin. According to the applications Judge, the AICS data was a reliable indicator of the inherent ability of atorvastatin calcium or its racemate to inhibit cholesterol synthesis. The data revealed an increase in activity for the calcium salt of atorvastatin that was only slightly more than twofold that of the racemic salt of atorvastatin.

[22] According to the applications Judge, at paragraphs 122-124, the data did not substantiate the promise of a tenfold increase in activity and, as a result,

1. Données d'essai CSI

[19] Le brevet '546 renvoie à un seul ensemble de données d'essai CSI pour étayer la revendication d'une activité supérieure de l'atorvastatine par rapport au racémate. Le juge des demandes était d'avis, pour deux motifs, qu'on ne pouvait se fier aux données pour étayer la revendication d'une activité inhibitrice dix fois plus puissante. Premièrement, les données ont trait au sel de sodium de l'atorvastatine et non au sel de calcium. Il est donc impossible de tirer des conclusions sur un sel à partir des données sur un autre sel. Deuxièmement, l'activité censément dix fois supérieure se fonde sur une moyenne des données obtenues pour le sel racémique dans cinq expériences différentes. La moyenne des résultats d'essai CSI pour le racémate d'atorvastatine ne fournit pas un résultat scientifiquement valable.

[20] Pfizer a présenté au juge des demandes les résultats de l'essai CSI 118, qui compare le sel de calcium de l'atorvastatine avec le sel racémique de l'atorvastatine. Le juge des requêtes a conclu que les données n'étaient pas fiables parce que le composé étudié n'a pas été complètement dissous dans la solution-mère. La concentration du composé étudié dans la solution n'étant pas connue, il était impossible de quantifier les résultats de l'essai.

2. Données d'essai AICS

[21] Bien qu'aucune donnée d'essai AICS n'ait été citée dans le brevet '546 à l'appui de l'activité accrue de l'atorvastatine, le juge des demandes a néanmoins examiné les données. Il s'agissait d'une comparaison en parallèle du sel de calcium racémique de l'atorvastatine et du sel de calcium de l'atorvastatine. Selon le juge des demandes, les données d'essai AICS étaient un indicateur fiable de la capacité inhérente de l'atorvastatine calcique ou de son racémate d'inhiber la synthèse du cholestérol. Les données ont révélé que le sel de calcium de l'atorvastatine avait une activité un peu plus de deux fois supérieure seulement à celle du sel racémique de l'atorvastatine.

[22] Selon le juge des demandes, aux paragraphes 122 à 124, les données n'ont pas prouvé la promesse d'une activité dix fois supérieure et, en conséquence, il a

he concluded that the disclosure of the '546 patent was insufficient as it failed to comply with the requirements of subsection 27(3) of the Act:

While these cases undoubtedly set the bar for section 27(3) very low, Pfizer in this case has not vaulted over that low bar. In essence, the 546 Patent makes two assertions, one as to activity the other as to the preferred salt. The first assertion is that there is an unexpected and surprising inhibition of cholesterol biosynthesis because of the ten-fold increase in activity between atorvastatin calcium and the racemic calcium salt. However, from the evidence presented, this statement is incorrect. The only reliable data available, the AICS data, suggests an increase in activity barely over the expected two-fold when the racemate is resolved into its individual enantiomers. This is not anywhere close to ten-fold.

I fail to see how this amounts to 'correctly and fully describing the invention'. A patentee has an obligation to make truthful statements regarding the nature of the invention in the disclosure of the patent. This principle was discussed by Harold G. Fox in "*The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*", 4th ed. (Toronto: Carswell 1969) at 188:

If a word is used inaccurately, but the nature of its use appears sufficiently from the context, the patent will be good. Nor will a specification be construed as invalid if it possesses only small errors and inaccuracies that are in the nature of clerical errors, or amount only to such as the ordinary workman will recognize and correct. This rule does not apply, however, unless the errors and inaccuracies appear on the face of the specification. If they only appear after further experiment, or if they amount to a false suggestion, even though immediately perceivable by the ordinary skilled workman, the specification will be insufficient. The patentee cannot rely on the skill and knowledge of the addressee to correct errors or false promises that he has inserted in the specification.

Here we clearly have an assertion of a ten-fold increased activity on the face of the specification. This false suggestion of a ten-fold increase in activity cannot be backed up by the data provided. Accordingly, I find the 546 Patent to be invalid for failing to meet the requirements of s. 27(3) of the *Patent Act*. [Emphasis added.]

[23] Before the applications Judge, Ranbaxy also claimed that the '546 patent did not identify the physical properties of atorvastatin calcium that support the claim that it is the preferred embodiment of the invention, nor

conclu que la divulgation faite dans le brevet '546 était insuffisante parce qu'elle ne respectait pas les exigences du paragraphe 27(3) de la Loi :

Bien que ces affaires placent sans aucun doute la barre très basse en ce qui concerne le paragraphe 27(3), en l'espèce, Pfizer n'a pas dépassé cette barre. Essentiellement, le brevet 546 renferme deux assertions, l'une concernant l'activité et l'autre, le sel privilégié. Selon la première assertion, il y a une inhibition inattendue et surprenante de la biosynthèse du cholestérol en raison de l'activité dix fois supérieure de l'atorvastatine calcique par rapport au sel calcique du racémate. Cependant, d'après la preuve présentée, cette assertion est fautive. Les seules données fiables, celles de l'essai AICS, laissent croire à une activité qui dépasse à peine de deux fois l'activité supérieure attendue lorsque le racémate est dédoublé en ses énantiomères individuels. C'est très loin d'une activité dix fois supérieure.

Je ne vois pas en quoi ce serait là une description « exacte et complète » de l'invention. Le breveté est tenu à la véracité, concernant la nature de l'invention, dans la divulgation du brevet. Ce principe a été examiné par Harold G. Fox à la page 188 de *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4^e éd., Toronto, Carswell, 1969 :

[TRADUCTION] Si un terme est employé de manière inexacte, mais que le contexte révèle suffisamment la nature de son emploi, le brevet reste valide. De même, le mémoire descriptif n'est pas invalidé par la seule présence d'erreurs d'écriture ou assimilées, ou d'autres fautes et inexactitudes mineures que la personne du métier relèvera et corrigera spontanément. Cette règle, cependant, n'est applicable que si les erreurs et inexactitudes sont manifestes au vu du mémoire descriptif. Si elles n'apparaissent qu'après un supplément d'expérimentation ou si elles équivalent à une présentation inexacte des faits, même immédiatement perceptible pour la personne du métier, le mémoire descriptif est insuffisant. Le breveté ne peut compter sur la compétence et les connaissances du destinataire pour corriger les erreurs ou les fausses promesses dont serait entaché le mémoire descriptif.

Dans la présente espèce, l'affirmation du caractère dix fois supérieur de l'activité est manifeste au vu du mémoire descriptif. Or cette présentation des faits se révèle inexacte, n'étant pas étayée par les données proposées. En conséquence, je conclus à l'invalidité du brevet 546 au motif de sa non-conformité aux dispositions du paragraphe 27(3) de la *Loi sur les brevets*. [Non souligné dans l'original.]

[23] Devant le juge des demandes, Ranbaxy a également soutenu que le brevet '546 n'identifiait pas les propriétés physiques de l'atorvastatine calcique servant à étayer la revendication qu'il s'agit de la réalisation

was there any data to support such a claim. Having found that the assertion of a tenfold increase in activity was not correct, the applications Judge did not find it necessary to test the assertion that the calcium salt of atorvastatin was the preferred embodiment of the invention.

[24] As the applications Judge found that Pfizer did not prove that the allegation of insufficiency was unjustified, he did not consider the other allegations of invalidity raised by Ranbaxy in its NOA.

THE RELEVANT LEGISLATION

[25] Subsection 27(3) of the Act reads as follows:

27. (1) ...

(3) The specification of an invention must
(a) correctly and fully describe the invention and its operation or use as contemplated by the inventor;

(b) set out clearly the various steps in a process, or the method of constructing, making, compounding or using a machine, manufacture or composition of matter, in such full, clear, concise and exact terms as to enable any person skilled in the art or science to which it pertains, or with which it is most closely connected, to make, construct, compound or use it;

(c) in the case of a machine, explain the principle of the machine and the best mode in which the inventor has contemplated the application of that principle; and

(d) in the case of a process, explain the necessary sequence, if any, of the various steps, so as to distinguish the invention from other inventions.

THE ISSUES

[26] This appeal raises the following issues:

1. What is the applicable standard of review?
2. Did the applications Judge err in dismissing the application for insufficiency?
3. Are the allegations of invalidity for obviousness, anticipation or double patenting justified?

privilegiée de l'invention; il n'y avait pas non plus de données à l'appui d'une telle revendication. Après avoir constaté que l'affirmation voulant qu'il y ait une activité dix fois supérieure était incorrecte, le juge des demandes n'a pas estimé nécessaire de vérifier l'affirmation selon laquelle le sel de calcium de l'atorvastatine était la réalisation privilégiée de l'invention.

[24] Ayant conclu que Pfizer n'a pas prouvé que l'allégation d'insuffisance était injustifiée, le juge des demandes n'a pas considéré les autres allégations d'invalidité formulées par Ranbaxy dans son AA.

LA LÉGISLATION PERTINENTE

[25] Le paragraphe 27(3) de la Loi est ainsi rédigé :

27. (1) [...]

(3) Le mémoire descriptif doit :

a) décrire d'une façon exacte et complète l'invention et son application ou exploitation, telles que les a conçues son inventeur;

b) exposer clairement les diverses phases d'un procédé, ou le mode de construction, de confection, de composition ou d'utilisation d'une machine, d'un objet manufacturé ou d'un composé de matières, dans des termes complets, clairs, concis et exacts qui permettent à toute personne versée dans l'art ou la science dont relève l'invention, ou dans l'art ou la science qui s'en rapproche le plus, de confectionner, construire, composer ou utiliser l'invention;

c) s'il s'agit d'une machine, en expliquer clairement le principe et la meilleure manière dont son inventeur en a conçu l'application;

d) s'il s'agit d'un procédé, expliquer la suite nécessaire, le cas échéant, des diverses phases du procédé, de façon à distinguer l'invention en cause d'autres inventions.

QUESTIONS EN LITIGE

[26] Le présent appel soulève les questions suivantes :

1. Quelle est la norme de contrôle applicable?
2. Le juge des demandes s'est-il trompé en rejetant la demande pour cause d'insuffisance?
3. Les allégations d'invalidité pour cause d'évidence, d'antériorité ou de double brevet sont-elles justifiées?

PFIZER'S SUBMISSIONS

[27] Pfizer submits that the applications Judge made the following errors:

1. He erroneously construed subsection 27(3) of the Act and ignored Supreme Court of Canada jurisprudence according to which a patent need not “describe in what respect the invention is new or in what way it is useful.”
2. He misconstrued the teaching and promise of the patent. The patent promises that the enantiomer atorvastatin possesses a surprising and unexpected superior activity over the racemic mixture in inhibiting the synthesis of cholesterol. It does not promise a specific amount of increased activity. Although the patent includes data from the CSI assay which shows a tenfold increase in activity, the CSI assay is an *in vitro* assay. There is no promise that *in vivo* atorvastatin calcium will have this level of increase in activity.
3. He erred in rejecting the CSI data, particularly the data from the CSI 118 assay, as being unreliable. The CSI 118 assay was the best data as it was the only head-to-head experiment comparing atorvastatin calcium to its corresponding racemic mixture and opposite enantiomer. This assay illustrates an approximate tenfold increase in activity over its racemate *in vitro*. The applications Judge should not have dismissed the data on the basis that a uniform suspension of the compound in the stock solution was not obtained. Pfizer's method did not require complete dissolution of the test compound. Ranbaxy did not provide the Court with any data to disprove the results of the CSI 118 or to contradict surprising and unexpected activity of atorvastatin, despite the fact that Ranbaxy had conducted its own tests.
4. He erred in relying on the AICS data. AICS is not a reliable indicator of the inherent or intrinsic potency of atorvastatin. It is an *in vivo* experiment which measures the bioavailability of a compound. Even if the AICS data could be relied upon, it shows the

ARGUMENTATION DE PFIZER

[27] Pfizer soutient que le juge des demandes a commis les erreurs suivantes :

1. Il a erronément interprété le paragraphe 27(3) de la Loi et a ignoré la jurisprudence de la Cour suprême du Canada selon laquelle un brevet n'a pas à « décrire [...] en quoi l'invention est nouvelle et de quelle manière elle est utile. »
2. Il a mal interprété l'enseignement et la promesse contenus dans le brevet. Ce dernier promet que l'énantiomère atorvastatine possède une activité surprenante et inattendue d'inhibition de la synthèse du cholestérol qui est supérieure à celle du mélange racémique. Il ne fait pas de promesse pour ce qui est de la mesure précise de cette activité supérieure. Bien que le brevet renferme des données tirées de l'essai CSI qui font état d'une augmentation par un facteur de dix de l'activité, il s'agit d'une épreuve *in vitro*. Rien n'indique que l'atorvastatine calcique *in vivo* manifesterait une telle activité accrue.
3. Il s'est trompé en rejetant les données d'essai CSI, en particulier les données provenant de l'essai CSI 118, comme étant peu fiables. L'essai CSI 118 fournissait les meilleures données, car il s'agissait d'une expérience en parallèle où l'on a comparé l'atorvastatine calcique avec le mélange racémique correspondant et l'énantiomère opposé. Ce test met en évidence une augmentation par un facteur d'environ dix de l'activité *in vitro* de l'atorvastatine calcique par rapport à son racémate. Le juge des demandes n'aurait pas dû rejeter ces données parce qu'on n'avait pas obtenu une suspension uniforme du composé dans la solution-mère. La méthode de Pfizer n'exigeait pas une dissolution complète du composé étudié. Ranbaxy n'a pas fourni à la Cour de données pour réfuter les résultats de l'essai CSI 118 ou pour contredire l'activité surprenante et inattendue de l'atorvastatine, même si elle avait effectué ses propres tests.
4. Le juge a commis une erreur en se fiant aux données de l'essai AICS. Ce test n'est pas un indicateur fiable de l'activité inhérente ou intrinsèque de l'atorvastatine. Il s'agit d'une expérience *in vivo* qui mesure la biodisponibilité d'un composé. Même

surprising activity of the calcium salt of atorvastatin versus its racemate. Whereas only a twofold increase in activity could be expected, the AICS results revealed almost a threefold increase in activity.

5. He failed to properly assess the expert evidence. His role was to weigh the evidence and make findings of fact. He failed to explain why he favoured the evidence of Ranbaxy's expert witnesses.

6. His findings are inconsistent with those made in the *Novopharm* proceedings where he held that the '546 patent was a valid selection patent with surprising and unexpected advantages over the class from which it was selected. There is no material difference between the evidence in that case and in this case.

[28] Pfizer also submits that the other grounds of invalidity raised by Ranbaxy in its NOA are unjustified.

RANBAXY'S SUBMISSIONS

[29] Ranbaxy disagrees with Pfizer's position and argues that the applications Judge did not err in finding that the allegation of invalidity for insufficiency was justified.

1. He applied the correct legal test when considering the law of insufficiency.
2. He made no error in finding that the '546 patent promises that atorvastatin is tenfold more active than its racemate.
3. He made no error in finding that the data before him did not support the promise of a tenfold increase in activity.
4. He made no error in concluding that the '546 patent was insufficient on the basis that the promised tenfold advantage did not exist.

si les données de l'essai AICS étaient considérées fiables, elles révèlent l'activité surprenante du sel de calcium de l'atorvastatine par rapport à son racémate. Alors qu'on se serait attendu à une activité deux fois plus grande, les résultats de l'AICS montrent que cette activité est trois fois supérieure.

5. Le juge n'a pas apprécié adéquatement la preuve d'experts. Son rôle était de soupeser la preuve et de tirer des conclusions de fait. Il n'a pas expliqué pourquoi il privilégiait le témoignage des experts de Ranbaxy.

6. Ses conclusions ne concordent pas avec celles énoncées dans la décision *Novopharm*, où il a tranché que le brevet '546 était un brevet de sélection valide qui comportait des avantages surprenants et inattendus par rapport à ceux offerts par la classe d'agents à laquelle appartient le produit revendiqué. Il n'y a aucune différence notable entre la preuve présentée dans cette affaire et la présente espèce.

[28] Pfizer prétend également que les autres motifs d'invalidité soulevés par Ranbaxy dans son AA ne sont pas fondés.

ARGUMENTATION DE RANBAXY

[29] Ranbaxy est en désaccord avec la position de Pfizer et fait valoir que le juge des demandes ne s'est pas trompé en concluant que l'allégation d'invalidité pour cause d'insuffisance était justifiée.

1. Il a appliqué le bon critère juridique en considérant le droit relatif à l'insuffisance.
2. Il n'a pas fait d'erreur en concluant que le brevet '546 promet que l'atorvastatine a une activité dix fois supérieure à celle du mélange racémique.
3. Il n'a pas fait d'erreur en concluant que les données présentées n'étaient pas la promesse d'une activité dix fois supérieure.
4. Il n'a pas fait d'erreur en concluant que le brevet '546 était insuffisant parce que l'avantage dix fois supérieur qui était promis n'existait pas.

5. His decision is not inconsistent with his earlier ruling in the *Novopharm* proceedings. There were marked differences between the records in the two cases.

[30] Ranbaxy further submits that the other allegations of invalidity set out in the NOA are justified.

ANALYSIS

1. What is the applicable standard of review?

[31] The characterization of the applicable legal test is a question of law, reviewable on the correctness standard: *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235. The construction of a patent is also a question of law reviewable on the same standard: *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067, at paragraph 76.

2. Did the applications Judge err in dismissing the application for insufficiency?

[32] For the reasons that follow, I conclude that the applications Judge was incorrect in dismissing Pfizer's application on the basis of insufficiency. He mischaracterized the scope of the disclosure requirement under subsection 27(3) of the Act and, in so doing, allowed Ranbaxy to attack, through an alternative means, the patent's utility, novelty and/or obviousness. His reasoning is inconsistent with the purpose of subsection 27(3).

(A) Disclosure requirement under the Act

[33] Subsection 27(3) of the Act provides that the specification of an invention (which includes both the disclosure and the claims in the patent) must:

27. (3) ...

(a) correctly and fully describe the invention and its operation or use as contemplated by the inventor;

(b) set out clearly the various steps in a process, or the method of constructing, making, compounding or using a machine, manufacture or composition of matter, in such full, clear, concise and exact terms as to enable any person skilled in the art or science to which it pertains, or with which it is

5. Sa décision n'est pas incompatible avec sa décision antérieure dans *Novopharm*. Il y avait des différences marquées entre les dossiers de ces deux affaires.

[30] Ranbaxy soutient de plus que les autres allégations d'invalidité énoncées dans l'AA sont justifiées.

ANALYSE

1. Quelle est la norme de contrôle applicable?

[31] La détermination du critère juridique applicable est une question de droit, susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte : *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235. L'interprétation d'un brevet est aussi une question de droit susceptible de contrôle selon la même norme : *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, au paragraphe 76.

2. Le juge des demandes s'est-il trompé en rejetant la demande pour cause d'insuffisance?

[32] Pour les motifs qui suivent, je conclus que le juge des demandes a eu tort de rejeter la demande de Pfizer sur le fondement de l'insuffisance. Il a mal défini la portée de l'exigence de divulgation suivant le paragraphe 27(3) de la Loi et, ce faisant, il a permis à Ranbaxy d'attaquer, par un autre moyen, l'utilité, la nouveauté et/ou l'évidence du brevet. Son raisonnement est incompatible avec l'objet du paragraphe 27(3).

A) L'exigence de divulgation sous l'empire de la Loi

[33] Le paragraphe 27(3) de la Loi édicte que le mémoire descriptif d'une invention (qui comprend la divulgation et les revendications du brevet) doit :

27. (3) [...]

a) décrire d'une façon exacte et complète l'invention et son application ou exploitation, telles que les a conçues son inventeur;

b) exposer clairement les diverses phases d'un procédé, ou le mode de construction, de confection, de composition ou d'utilisation d'une machine, d'un objet manufacturé ou d'un composé de matières, dans des termes complets, clairs, concis et exacts qui permettent à toute personne versée dans

most closely connected, to make, construct, compound or use it;

(c) in the case of a machine, explain the principle of the machine and the best mode in which the inventor has contemplated the application of that principle; and

(d) in the case of a process, explain the necessary sequence, if any, of the various steps, so as to distinguish the invention from other inventions.

(i) Purpose of subsection 27(3)

[34] The disclosure requirement under the Act lies at the heart of the whole patent system: see *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504, at page 517; *Pioneer Hi Bred Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [1989] 1 S.C.R. 1623, at page 1636. The granting of a patent is akin to a contract between the Crown and the inventor in which the latter receives an exclusive right to exploit his invention for a certain period in exchange for complete disclosure to the public of the invention and the way in which it operates: see *Pioneer Hi Bred*, at page 1636. The description of the invention is therefore the *quid pro quo* for which the inventor is given a monopoly for a limited term of years on the invention: see *Consolboard*, at page 517. The Supreme Court has referred with approval (for example, in *Consolboard*, at page 517; in *Pioneer Hi Bred*, at page 1636) to the following passage by Harold G. Fox in *The Canadian Patent Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. (1969), at page 163:

The consideration for the grant is double: first, there must be a new and useful invention, and secondly, the inventor must, in return for the grant of a patent, give to the public an adequate description of the invention with sufficiently complete and accurate details as will enable a workman, skilled in the art to which the invention relates, to construct or use that invention when the period of the monopoly has expired. The function of the description contained in the specification is both to enable the construction and use of the devices contained therein after the expiry of the patent, and also to enable others to ascertain with some measure of exactness the boundaries of the exclusive privilege upon which they may not trespass during the exercise of the grant. [Emphasis added.]

(ii) Scope of subsection 27(3)

[35] In *Pioneer Hi Bred*, at page 1638, the Supreme Court of Canada explained the scope of subsection 27(3) as follows:

l'art ou la science dont relève l'invention, ou dans l'art ou la science qui s'en rapproche le plus, de confectionner, construire, composer ou utiliser l'invention;

c) s'il s'agit d'une machine, en expliquer clairement le principe et la meilleure manière dont son inventeur en a conçu l'application;

d) s'il s'agit d'un procédé, expliquer la suite nécessaire, le cas échéant, des diverses phases du procédé, de façon à distinguer l'invention en cause d'autres inventions.

i) L'objet du paragraphe 27(3)

[34] L'exigence de divulgation sous l'empire de la Loi est le pivot de tout le système des brevets : voir *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504, à la page 517; *Pioneer Hi Bred Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [1989] 1 R.C.S. 1623, à la page 1636. L'octroi d'un brevet est un genre de contrat entre l'État et l'inventeur par lequel ce dernier reçoit le droit exclusif d'exploiter pendant une certaine durée son invention en échange de la divulgation intégrale de son invention et du mode d'opération de celle-ci au public : voir *Pioneer Hi Bred*, à la page 1636. La description de l'invention qui y est faite est la raison pour laquelle l'inventeur obtient un monopole sur l'invention pour un certain nombre d'années : voir *Consolboard*, à la page 517. La Cour suprême a cité en l'approuvant (par exemple, dans *Consolboard*, à la page 517; dans *Pioneer Hi Bred*, à la page 1636) le paragraphe suivant de Harold G. Fox dans *The Canadian Patent Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4^e éd. (1969), à la page 163 :

[TRADUCTION] L'octroi est accordé pour une double considération: d'abord, il doit y avoir une invention nouvelle et utile, et deuxièmement, en échange de l'octroi d'un brevet, l'inventeur doit donner au public une description adéquate de l'invention avec des détails suffisamment complets et exacts pour permettre à un ouvrier versé dans l'art auquel se rapporte l'invention de construire ou d'utiliser l'invention quand sera terminée la période de monopole. La description contenue dans le mémoire descriptif a pour fonction de permettre la construction et l'utilisation des dispositifs qu'il contient après l'expiration du brevet, et aussi de permettre aux autres de connaître avec une certaine exactitude les frontières du privilège exclusif sur lesquelles ils ne peuvent pas empiéter tant que l'octroi est valide. [Non souligné dans l'original.]

ii) La portée du paragraphe 27(3)

[35] Dans *Pioneer Hi Bred*, à la page 1638, la Cour suprême du Canada a ainsi expliqué la portée du paragraphe 27(3) :

The applicant must disclose everything that is essential for the invention to function properly. To be complete, it must meet two conditions: it must describe the invention and define the way it is produced or built (Thorson P. in *Minerals Separation North American Corp. v. Noranda Mines Ltd.*, [1947] Ex. C.R. 306, at p. 316). The applicant must define the nature of the invention and describe how it is put into operation. A failure to meet the first condition would invalidate the application for ambiguity, while a failure to meet the second invalidates it for insufficiency. The description must be such as to enable a person skilled in the art or the field of the invention to produce it using only the instructions contained in the disclosure (Pigeon J. in *Burton Parsons Chemicals Inc. v. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 555, at p. 563; *Monsanto Co. v. Commissioner of Patents*, [1979] 2 S.C.R. 1108, at p. 1113) and once the monopoly period is over, to use the invention as successfully as the inventor could at the time of his application (*Minerals Separation, supra*, at p. 316).

[36] In *Hughes & Woodley on Patents*, 2nd ed., Volume 1, at page 346, the authors describe the requirement that a disclosure be sufficient as follows:

Insufficiency is directed to whether the specification is sufficient to enable a person skilled in the art to understand how the subject matter of the patent is to be made.... An allegation of insufficiency is a technical attack that should not operate to defeat a patent for a meritorious invention; such attack will succeed where a person skilled in the art could not put the invention into practice. [Emphasis added.]

[37] Subsection 27(3) of the Act does not require that a patentee explain how well his invention works in comparison to other inventions. He is not required to describe in what respect his invention is new or useful, nor is he obliged to “extol the effect or advantage of his discovery, if he describes his invention so as to produce it”: see *Consolboard*, at page 526.

(iii) Selection patents

[38] The law with respect to selection patents was explained by this Court in *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2007] 2 F.C.R. 137 (F.C.A.), where, at paragraphs 3-5, Malone J.A. stated:

There are two general classes of chemical patents. The first is the ‘originating patent’ where there is an originating

Le demandeur doit divulguer tout ce qui est essentiel au bon fonctionnement de l’invention. Afin d’être complète, celle-ci doit remplir deux conditions: l’invention doit y être décrite et la façon de la produire ou de la construire définie (le président Thorson dans *Minerals Separation North American Corp. c. Noranda Mines Ltd.*, [1947] R.C. de l’É. 306, à la page 316). Le demandeur doit définir la nature de l’invention et décrire la façon de la mettre en opération. Un manquement à la première condition invaliderait la demande parce qu’ambiguë alors qu’un manquement à la seconde l’invaliderait parce que non suffisamment décrite. Quant à la description, elle doit permettre à une personne versée dans l’art ou le domaine de l’invention de la construire à partir des seules instructions contenues dans la divulgation (le juge Pigeon dans *Burton Parsons Chemicals Inc. c. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 555, à la page 563; *Monsanto Co. c. Commissaire des brevets*, [1979] 2 R.C.S. 1108, à la page 1113), et d’utiliser l’invention, une fois la période de monopole terminée, avec le même succès que l’inventeur, au moment de sa demande (*Minerals Separation, précité*, à la page 316).

[36] Dans *Hughes & Woodley on Patents*, 2^e éd., volume 1, à la page 346, les auteurs décrivent ainsi l’exigence voulant qu’une divulgation soit suffisante :

[TRADUCTION] L’insuffisance vise à établir si le mémoire descriptif suffit pour permettre à une personne versée dans l’art de comprendre comment ce qui fait l’objet du brevet est fabriqué [...] Une allégation d’insuffisance est une attaque technique qui ne devrait pas servir à repousser un brevet pour une invention méritoire; une telle attaque sera couronnée de succès lorsqu’une personne versée dans l’art ne pourra mettre en pratique l’invention. [Non souligné dans l’original.]

[37] Le paragraphe 27(3) de la Loi n’exige pas qu’un breveté explique à quel point son invention fonctionne bien par rapport à d’autres inventions. On n’exige pas de lui qu’il décrive en quoi son invention est nouvelle ou utile, et il n’est pas non plus obligé « de vanter l’effet ou l’avantage de sa découverte s’il décrit son invention de manière à la produire » : voir *Consolboard*, à la page 526.

iii) Les brevets de sélection

[38] Le droit en ce qui concerne les brevets de sélection a été expliqué par notre Cour dans *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2007] 2 R.C.F. 137 (C.A.F.), où, aux paragraphes 3 à 5, le juge Malone a statué :

Il existe deux catégories générales de brevets de produit chimique : les « brevets d’origine », qui portent sur une

invention involving the discovery of a new reaction or a new compound. The second is the “selection patent”, which is based on a selection from related compounds derived from the original compound and which have been described in general terms and claimed in the originating patent (see *In re I.G. Farbenindustrie A.G.’s Patents* (1930), 47 R.P.C. 283 (Ch.D.), at page 321, *per* Maugham J.).

While there is little Canadian jurisprudence on the subject of selection patents, its elements are well defined in *I.G. Farbenindustrie*. Lord Diplock cited this decision with approval in the House of Lords where he stated that the “inventive step in a selection patent lies in the discovery that one or more members of a previously known class of products possess some special advantage for a particular purpose which could not be predicted before the discovery was made”(see *Beecham Group Ltd. v. Bristol Laboratories International S.A.*, [1978] R.P.C. 521 (H.L.), at page 579). All claimed members of the known class must have the advantage and the advantage must not be one that those skilled in the art would expect to find in a large number of the previously disclosed class (i.e. a quality of special character) (see *I.G. Farbenindustrie*, at page 323).

Selection patents exist to encourage researchers to further use their inventive skills so as to discover new advantages for compounds within the known class. A selection patent can be claimed for a selection from a class of thousands or for a selection of one out of two (see for example *I.G. Farbenindustrie*, at page 323 and *E.I. Du Pont de Nemours & Co (Witsiepe’s) Application*, [1982] F.S.R. 303 (H.L.), at page 310). [Emphasis added.]

[39] In *Beecham Group Ltd. v. Bristol Laboratories International S.A.*, [1978] R.P.C. 521 (H.L.), at page 579, Lord Diplock stated, in respect of selection patents, that “the quid pro quo for the monopoly granted to the inventor is the public disclosure by him in his specification of the special advantages that the selected members of the class possess” (emphasis added). This passage has been cited with approval by the Federal Court on a number of occasions: see *Novopharm*, at paragraph 49; *Sanofi-Synthelabo Canada Inc. v. Apotex Inc.* (2005), 39 C.P.R. (4th) 202 (F.C.), at paragraph 56.

[40] Furthermore, in *Patent Law of Canada* (Gordon F. Henderson ed., Carswell Legal Publications, 1994), the learned authors write at pages 211-212:

invention source comportant la découverte d’une nouvelle réaction ou d’un nouveau composé, et les « brevets de sélection », qui supposent un choix entre des composés connexes procédant du composé original qui ont été décrits en termes généraux et revendiqués dans le brevet d’origine (voir *In re I.G. Farbenindustrie A.G.’s Patents* (1930), 47 R.P.C. 283 (Ch.D.), à la page 321, juge Maugham).

Il y a peu de jurisprudence canadienne sur la question des brevets de sélection, mais la décision *I.G. Farbenindustrie* a bien défini les principaux éléments de ce type de brevets, et lord Diplock l’a citée en l’approuvant dans une affaire de la Chambre des lords où il a statué que [TRADUCTION] « l’étape inventive dans un brevet de sélection consiste en la découverte qu’un ou plusieurs éléments d’une catégorie de produits antérieurement connue offrent certains avantages spéciaux à une fin particulière, lesquels n’auraient pu être prévus avant que cette découverte ne soit faite » (voir *Beecham Group Ltd. c. Bristol Laboratories International S.A.*, [1978] R.P.C. 521 (H.L.), à la page 579). Tous les éléments de la catégorie connue qui sont revendiqués doivent posséder les avantages spéciaux, lesquels doivent différer des avantages qu’une personne versée dans l’art se serait attendue à trouver dans un grand nombre d’éléments de la catégorie antérieurement divulguée (c.-à-d. une qualité d’une nature particulière) (voir *I.G. Farbenindustrie*, à la page 323).

Les brevets de sélection encouragent les chercheurs à continuer d’exercer leur génie inventif de façon à découvrir de nouveaux avantages à des composés appartenant à la catégorie connue. Ils peuvent être demandés pour une sélection opérée dans une catégorie comportant des milliers d’éléments ou n’en comportant que deux (voir, par exemple, *I.G. Farbenindustrie*, à la page 323 et *E.I. Du Pont de Nemours & Co (Witsiepe’s) Application*, [1982] F.S.R. 303 (H.L.), à la page 310). [Non souligné dans l’original.]

[39] Dans la décision *Beecham Group Ltd. v. Bristol Laboratories International S.A.*, [1978] R.P.C. 521 (H.L.), à la page 579, lord Diplock a déclaré que, en ce qui regarde les brevets de sélection, [TRADUCTION] « la contrepartie pour le monopole octroyé à l’inventeur est la divulgation publique qu’il fait, dans son mémoire descriptif, des avantages spéciaux que les composés sélectionnés possèdent » (non souligné dans l’original). Ce passage a été cité et approuvé par la Cour fédérale à plusieurs reprises : voir *Novopharm*, au paragraphe 49; *Sanofi-Synthelabo Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2005 CF 390, au paragraphe 56.

[40] De plus, dans *Patent Law of Canada* (Gordon F. Henderson ed., Carswell Legal Publications, 1994), les auteurs écrivent aux pages 211 et 212 :

Where the invention consists of the selection of one or more members of a previously known group, based upon the discovery that the selected members have a previously unknown advantage over the others, the advantage must be disclosed in the specification in order to make full disclosure of the invention. As in other cases, however, what is claimed is not the advantage but the selected members.... [Emphasis added.]

[41] Section 11.12 of the current edition of the *Manual of Patent Office Practice* [Canadian Intellectual Property Office, 2006] has this to say on the topic of selection patents:

A selection from members of a previously known class of substances may be patentable if the substance selected is unobvious and affords a new and useful result. There must be a special advantage arising from the selected substances and any advantage, novel property or use must be fully characterized in the description. The substance should be defined in an explicit manner within the claim. [Emphasis added.]

[42] The above passages suggest that the disclosure requirement may be a bit more onerous for selection patents. This Court has considered selection patents in only two cases. It did not, however, in either case, suggest that a higher level of disclosure was required: see *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2007] 2 F.C.R. 137 (F.C.A.); *Sanofi-Synthelabo Canada Inc. v. Apotex Inc.* (2006), 282 D.L.R. (4th) 179 (F.C.A.).

[43] In the present matter, von Finkenstein J. did not characterize the '546 patent as a selection patent. However, in the *Novopharm* proceedings, he did find that the '546 patent was a valid selection patent (at paragraph 96). Although the *Novopharm* decision was appealed and the case was heard by this Court, the parties settled the matter before a decision was rendered.

[44] In these proceedings, Pfizer asserts that the '546 patent is a selection patent. Ranbaxy, on the other hand, takes an entirely different view. At paragraph 13 of its memorandum, it states:

... Pfizer argues that claim 6 of the 546 Patent is a selection from the genus of compounds claimed in the 893 Patent. In

[TRADUCTION] Lorsque l'invention consiste à sélectionner un ou plusieurs éléments d'un groupe connu antérieurement en se fondant sur la découverte que les éléments sélectionnés ont un avantage inconnu auparavant, et que les autres n'ont pas, l'avantage doit être divulgué dans le mémoire descriptif pour constituer une divulgation complète de l'invention. Cependant, comme dans d'autres affaires, ce qui est revendiqué n'est pas l'avantage, mais les éléments sélectionnés. [...] [Non souligné dans l'original.]

[41] L'article 11.12 de l'édition actuelle du *Recueil des pratiques du Bureau des brevets* [Office de la propriété intellectuelle du Canada, 2006] nous apprend ce qui suit sur le sujet des brevets de sélection :

[TRADUCTION] La sélection d'éléments dans une classe de substances connue auparavant peut être brevetable si la substance choisie est non évidente et peut produire un résultat nouveau et utile. Il faut qu'elle présente un avantage particulier, et que cet avantage, nouvelle propriété ou usage nouveau, soit défini de manière complète dans la description. Par ailleurs, la définition de la substance devrait être énoncée en des termes explicites dans la revendication. [Non souligné dans l'original.]

[42] Les passages ci-dessus donnent à penser que l'exigence de divulgation peut être un peu plus rigoureuse pour les brevets de sélection. Notre Cour a examiné des brevets de sélection seulement dans deux affaires. Cependant, elle n'a pas, dans un cas comme dans l'autre, permis de penser qu'un degré plus élevé de divulgation serait exigé : voir *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2007] 2 R.C.F. 137 (C.A.F.); *Sanofi-Synthelabo Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2006 CAF 421.

[43] En l'espèce, le juge von Finkenstein n'a pas déterminé que le brevet '546 était un brevet de sélection. Toutefois, dans l'affaire *Novopharm*, il a de fait conclu que le brevet '546 était un brevet de sélection valide (au paragraphe 96). Bien que la décision *Novopharm* ait été portée en appel, et que l'affaire ait été entendue par notre Cour, les parties ont réglé l'affaire avant qu'une décision ne soit rendue.

[44] Dans la présente affaire, Pfizer affirme que le brevet '546 est un brevet de sélection. Ranbaxy, pour sa part, adopte une position complètement différente. Au paragraphe 13 de son mémoire, elle déclare :

[TRADUCTION] [...] Pfizer soutient que la revendication 6 du brevet 546 est une sélection parmi le genre de composés

making this argument, Pfizer disregards that the 893 Patent specifically claims, in claim 5, the lactone version of the racemate of atorvastatin.

[45] Ranbaxy's argument seems to be that the '546 patent is not a selection patent since it claims compounds covered by another patent. This position disregards the fact that selecting a narrow class of compounds covered by a genus patent is the very nature of the selection patent. Ranbaxy itself refers to the '546 patent as a selection later in its memorandum, at paragraph 72:

Where an inventor has purported to make a selection based on a special advantage, the inventor must describe the special advantage that makes the invention novel over the prior art.

[46] In my opinion, there can be no doubt that the '546 patent is a selection patent. It covers the lactone, acid and pharmaceutically acceptable salts of atorvastatin, one of the many compounds covered by the '768 and '893 patents. The basis for the patent is that the compounds claimed therein display a special advantage, namely the surprising and unexpected inhibition of cholesterol biosynthesis, i.e. greater than twofold. The calcium salt of atorvastatin, the compound specifically covered by claim 6, is the preferred embodiment of the invention: see '546 patent, appeal book, Volume 1, page 91.

(B) Disclosure in the '546 patent

[47] The paragraphs of the '546 patent which are relevant to the promise of an increase in inhibition of cholesterol biosynthesis for atorvastatin read as follows (appeal book, Vol. 1, pages 91, 92 and 99):

BACKGROUND OF THE INVENTION

...

Trans-([plus or minus])-5-(4-fluorophenyl)-2-(1-methylethyl)-N,4-diphenyl-1-[2-tetrahydro-4-hydroxy-6-oxo-2H-pyran-2-yl)ethyl]-1H-pyrrole-3-carboxamide are among

revendiqués dans le brevet 893. Cet argument ne tient pas compte du fait qu'à la revendication 5, le brevet 893 revendique spécifiquement la forme lactonique du racémate d'atorvastatine.

[45] L'argument de Ranbaxy semble être que le brevet '546 n'est pas un brevet de sélection étant donné qu'il revendique des composés se rapportant à un autre brevet. Cette position ne tient pas compte du fait que sélectionner une classe plus étroite de composés se rapportant à un brevet de genre est la nature même du brevet de sélection. Ranbaxy elle-même se reporte au brevet '546 comme à un brevet de sélection plus loin dans son mémoire, au paragraphe 72 :

[TRADUCTION] [...] Lorsqu'un inventeur a l'intention de faire une sélection fondée sur un avantage particulier, il doit décrire l'avantage particulier que rend l'invention nouvelle par rapport à l'état antérieur de la technique.

[46] À mon avis, il ne fait aucun doute que le brevet '546 est un brevet de sélection. Il englobe le lactone, la forme acide et les sels pharmaceutiquement acceptables de l'atorvastatine, un des nombreux composés visés par les brevets '768 et '893. Le brevet est fondé sur le fait que les composés qui sont revendiqués comportent un avantage particulier, à savoir l'activité surprenante et inattendue d'inhibition de la biosynthèse du cholestérol, c'est-à-dire une activité plus de deux fois supérieure. Le sel de calcium de l'atorvastatine, le composé spécifiquement visé par la revendication 6, est la réalisation privilégiée de l'invention : voir le brevet '546, dossier d'appel, volume 1, page 91.

B) La divulgation de l'invention dans le brevet '546

[47] Voici les paragraphes du brevet '546 qui sont pertinents quant à l'augmentation promise de l'action inhibitrice de l'atorvastatine sur la biosynthèse du cholestérol (dossier d'appel, volume 1, pages 91, 92 et 99) :

[TRADUCTION]

CONTEXTE DE L'INVENTION

[...]

Les trans-(±)-5-(4-fluorophényl)-2-(1-méthyléthyl)-N,4-diphényl-1-[2-tétrahydro-4-hydroxy-6-oxo-2H-pyran-2-yl)éthyl]-1H-pyrrole-3-carboxamides sont parmi les composés

compounds of U.S. Patent No. 4,681,893 having usefulness as inhibitors of cholesterol biosynthesis. The compounds therein broadly include 4-hydroxypyran-2-ones and the corresponding ring-opened acids derived therefrom.

It is now unexpectedly found that the enantiomer having the R form of the ring-opened acid of *trans*-5-(4-fluorophenyl)-2-(1-methylethyl)-N,4-diphenyl-1-[2-tetrahydro-4-hydroxy-6-oxo-2H-pyran-2-yl]ethyl]-1H-pyrrole-3-carboxamide; that is [R-(R*,R*)]-2-(4-fluorophenyl)-β,δ-dihydroxy-5-(1-methylethyl)-3-phenyl-4-[(phenylamino)carbonyl]-1H-pyrrole-1-heptanoic acid, provides surprising inhibition of the biosynthesis of cholesterol.

...

However, an ordinarily skilled artisan may not predict the unexpected and surprising inhibition of cholesterol biosynthesis of the present invention in view of the disclosures.

...

DETAILED DESCRIPTION OF THE INVENTION

...

The compounds according to the present invention and especially according to the compound of the formula I inhibit the biosynthesis of cholesterol as found in the CSI screen that is disclosed in U.S. Patent No. 4,681,893. The CSI data of the compound I, its enantiomer the compound II and the racemate of these two compounds are as follows:

COMPOUND	CI ₅₀ (micromoles/liter)
[R-(R*R*)] isomer	0.0044
[S-(R*R*)] isomer	0.44
Racemate	0.045

Accordingly, the present invention is the pharmaceutical composition prepared from the compound of the formula I or II or pharmaceutically acceptable salts thereof.

These compounds are prepared as described in U.S. Patent No. 4,681,893. [Emphasis added.]

[48] As to salt selection, the disclosure of the '546 patent provides (appeal book, vol. 1, page 95):

Appropriate pharmaceutically acceptable salts within the scope of the invention are those derived from bases such as sodium hydroxide, potassium hydroxide, lithium hydroxide, calcium hydroxide, 1-deoxy-2-(Methylamino)-D-glucitol,

du brevet américain 4,681,893 qui sont utiles en tant qu'inhibiteurs de la biosynthèse du cholestérol. Ces composés comprennent en gros des 4-hydroxypyran-2-ones et les acides à cycle ouvert correspondants qui en sont dérivés.

Il a été inattendu de découvrir que l'énantiomère ayant la forme R de l'acide à cycle ouvert du *trans*-5-(4-fluorophényl)-2-(1-méthyléthyl)-N,4-diphényl-1-[2-tétrahydro-4-hydroxy-6-oxo-2H-pyran-2-yl]éthyl]-1H-pyrrole-3-carboxamide, c'est-à-dire l'acide [R-(R*,R*)]-2-(4-fluorophényl)-β,δ-dihydroxy-5-(1-méthyléthyl)-3-phényl-4-[(phénylamino)carbonyl]-1H-pyrrole-1-heptanoïque, possédait une activité inhibitrice surprenante de la biosynthèse du cholestérol.

[...]

Toutefois, à la lumière de ces divulgations, une personne versée dans l'art pourrait ne pas prévoir l'activité inhibitrice inattendue et surprenante de la biosynthèse du cholestérol que possède la présente invention.

[...]

DESCRIPTION DÉTAILLÉE DE L'INVENTION

[...]

Les composés décrits dans la présente invention et particulièrement ceux ayant la formule I inhibent la biosynthèse du cholestérol comme le confirme l'essai CSI divulgué dans le brevet américain 4,681,893. Les données obtenues par l'essai CSI sur le composé I, son énantiomère, le composé II, et le racémate de ces deux composés sont les suivantes :

Composé	CI ₅₀ (micromoles/litre)
Isomère [R-(R*R*)]	0,0044
Isomère [S-(R*R*)]	0,44
Racémate	0,045

Par conséquent, la présente invention est la composition pharmaceutique préparée à partir du composé de la formule I ou II ou ses sels pharmaceutiquement acceptables.

Ces compositions sont préparées de la façon décrite dans le brevet américain 4,681,893. [Non souligné dans l'original.]

[48] En ce qui concerne le choix du sel, la divulgation de l'invention dans le brevet '546 nous apprend ce qui suit (dossier d'appel, volume 1, page 95) :

[TRADUCTION] Les sels pharmaceutiquement acceptables appropriés visés par l'invention sont ceux dérivés de bases telles que l'hydroxyde de sodium, l'hydroxyde de potassium, l'hydroxyde de lithium, l'hydroxyde de calcium, le

magnesium hydroxide, zinc hydroxide, aluminium hydroxide, ferrous or ferric hydroxide, ammonium hydroxide or organic amines such as N-methylglucamine, choline, arginine and the like. Preferably, the lithium, calcium, magnesium, aluminium and ferrous or ferric salts are prepared from the sodium or potassium salt by adding the appropriate reagent to a solution of the sodium or potassium salt, i.e., addition of calcium chloride to a solution of the sodium or potassium salt of the compound of the formula I will give the calcium salt thereof.

...

The most preferred embodiment of the present invention is [R-(R*R*)]-2-(4-fluorophenyl)-β,δ-dihydroxy-5-(1-methylethyl)-3-phenyl-4-[(phenyl amino)carbonyl]-1H-pyrrole-1-heptanoic acid, hemicalcium salt. [Emphasis added.]

(C) Allegations of insufficiency in the NOA

[49] In its NOA, Ranbaxy alleges that “the 546 patent is invalid on the basis of insufficient support” (appeal book, Volume 1, page 234). The relevant passages appear at pages 20 and 21 of the NOA (appeal book, Volume 1, pages 243 and 244):

The disclosure of the 546 patent is not sufficient to correctly or fully describe the invention being claimed contrary to ss. 27(3) and 34(1) of the *Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4 as amended. The disclosure does not support there being any novel or inventive aspect as claimed.

The background in the 546 patent asserts at page 1, lines 14 to 22 that “it is now unexpectedly found that the enantiomer having the R form of the ring-opened acid of the [lactone]; that is [atorvastatin acid], provides surprising inhibition of the biosynthesis of cholesterol.

The only support for the allegation that the described invention has surprising and unexpected properties is a single set of CSI data allegedly relating to the effectiveness of each of the two trans-enantiomers and the trans-racemate shown at page 8, lines 12 to 16, as follows:

COMPOUND	CI ₅₀ (micromoles/liter)
[R-(R*R*)] isomer	0.0044
[S-(R*R*)] isomer	0.44
Racemate	0.045

1-désoxy-2-(méthylamino)-D-glucitol, l’hydroxyde de magnésium, l’hydroxyde de zinc, l’hydroxyde d’aluminium, l’hydroxyde ferreux ou ferrique ou l’hydroxyde d’ammonium ou encore d’amines organiques telles que la N-méthylglucamine, la choline, l’arginine et d’autres amines similaires. De préférence, les sels de lithium, de calcium, de magnésium, d’aluminium et les sels ferreux ou ferriques sont préparés à partir du sel de sodium ou de potassium en ajoutant le réactif approprié à une solution du sel de sodium ou de potassium; ainsi, en ajoutant du chlorure de calcium à une solution du sel de sodium ou de potassium du composé de la formule I, on obtiendra son sel de calcium.

[...]

La réalisation privilégiée de la présente invention est l’acide [R-(R*R*)]-2-(4-fluorophényl)-β,δ-dihydroxy-5-(1-méthyléthyl)-3-phényl-4-[(phénylamino)carbonyl]-1H-pyrrole-1-heptanoïque, un sel hémicalcique. [Non souligné dans l’original.]

C) Les allégations d’insuffisance dans l’AA

[49] Dans son AA, Ranbaxy allègue que [TRADUCTION] « le brevet 546 est invalide pour cause d’insuffisance » (dossier d’appel, volume 1, page 234). Les passages pertinents figurent aux pages 20 et 21 de l’AA (dossier d’appel, volume 1, pages 243 et 244) :

[TRADUCTION] La divulgation de l’invention dans le brevet 546 ne décrit pas de façon suffisamment complète ou exacte l’invention revendiquée, dérogeant ainsi aux paragraphes 27(3) et 34(1) de la Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4 et ses modifications. La divulgation de l’invention ne démontre pas qu’il y a un aspect nouveau ou inventif, comme on le revendique.

En introduction de la divulgation de l’invention dans le brevet 546, on lit ceci à la page 1, lignes 14 à 22 : « il a été inattendu de découvrir que l’énantiomère ayant la forme R de l’acide à cycle ouvert du [lactone], c’est-à-dire [l’acide d’atorvastatine], possédait une activité surprenante d’inhibition de la biosynthèse du cholestérol ».

La seule preuve fournie à l’appui de l’allégation que l’invention décrite a des propriétés surprenantes et inattendues est un seul ensemble de données d’essai CSI censé démontrer l’efficacité de chacun des deux énantiomères *trans* et le racémate *trans* qui sont décrits à la page 8, lignes 12 à 16, de la façon suivante :

COMPOSÉ	CI ₅₀ (micromoles/litre)
Isomère [R-(R*R*)]	0,0044
Isomère [S-(R*R*)]	0,44
Racémate	0,045

Evidence presented in the U.S. trial, held at the end of 2004 in Delaware on the corresponding U.S. patent (5,273,995), by Dr. Scallen, showed that the above table is not representative of all the data collected by Pfizer, and also showed that the CSI experiments were not conducted properly. Ranbaxy relies on the non-confidential transcript of the evidence given by Dr. Scallen at the U.S. trial of *Pfizer, Inc., et al. v. Ranbaxy Laboratories et al.*, Court File number 03-209-JJF, on December 3, 2004.

Dr. Scallen testified that the test results included in the 546 patent were limited to a non-representative, incomplete selection of *in vitro* CSI experiments. Specifically, Dr. Scallen testified that when all, or any, representative selection of the CSI experiments conducted by Pfizer are considered, the data as a whole showed tremendous variability, [sic] cannot draw scientifically valid conclusions from the data as a whole. In the words of Dr. Scallen, “one can’t do science under those circumstances”.

Moreover, as explained Dr. Scallen, Pfizer has conducted more reliable *in vitro* AICS experiments which were not included in the 546 Patent. Dr. Scallen testified that these ACIS experiments showed an approximately two-fold difference between the racemate and the R-(R*R*) enantiomer. Dr. Scallen testified that his conclusions on the AICS data [sic] with conclusions drawn by Pfizer, in internal memoranda, after review of the same data. Dr. Scallen testified that his conclusions were consistent with the conclusions drawn by Pfizer that, as expected, the atorvastatin calcium is twofold more potent than the racemic calcium salt which contains 40% inactive isomer.

Ranbaxy also notes that Pfizer did not call the Pfizer employee who conducted the AICS tests to testify at trial. That employee concluded, based on the two *in vivo* experiments, that the R-(R*R*) enantiomer was only twice as active as the racemate, and that the result was not surprising and unexpected.

The inventor has access to all CSI, COR and AICS data and apparently chose only unrepresentative parts of that data to support the alleged “surprising” activity of the R enantiomer. [Emphasis added.]

[50] Ranbaxy challenges the promise made by Pfizer in the '546 patent that atorvastatin displays unexpected and surprising increase in activity over the racemate. It does so by attacking the reliability of the data that underlies this promise. More specifically, Ranbaxy claims that the only support for the allegation that the described invention has surprising and unexpected

Le témoignage du D^r Scallen au procès américain tenu à la fin de 2004 au Delaware et portant sur le brevet américain correspondant (5,273,995) a démontré que le tableau ci-dessus n’est pas représentatif de toutes les données recueillies par Pfizer, et que les expériences CSI n’ont pas non plus été effectuées correctement. Ranbaxy se fonde sur la transcription non confidentielle du témoignage du D^r Scallen lors du procès américain dans l’affaire *Pfizer, Inc., et al., c. Ranbaxy Laboratories et al.*, n° de greffe 03-209-JJF, le 3 décembre 2004.

Le D^r Scallen a témoigné que les résultats des tests inclus dans le brevet 546 se limitaient à une sélection non représentative et incomplète des expériences CSI *in vitro*. Plus précisément, le D^r Scallen a témoigné que lorsqu’une partie ou la totalité de la sélection représentative des expériences CSI menées par Pfizer étaient prises en considération, les données dans l’ensemble étaient extrêmement variables, et que l’on ne pouvait tirer de conclusions scientifiquement valides à partir de l’ensemble des données. Pour reprendre les paroles du D^r Scallen, « rien de scientifique n’est possible dans ces circonstances ».

De plus, comme l’a expliqué le D^r Scallen, Pfizer a effectué des expériences AICS *in vitro* plus fiables qui n’ont pas été incluses dans le brevet 546. Il a avancé que ces expériences AICS révélaient une différence par un facteur d’environ deux entre le racémate et l’énantiomère R-(R*R*). Il a indiqué que ses conclusions concernant les données de l’essai AICS concordaient avec les conclusions tirées par Pfizer, dans des notes de service internes, après examen des mêmes données. Le D^r Scallen a déclaré que ses conclusions allaient dans le sens de celles tirées par Pfizer, selon lesquelles, comme prévu, l’atorvastatine calcique est deux fois plus puissante que le sel de calcium racémique qui contient 40 % de l’isomère inactif.

Ranbaxy fait également valoir que Pfizer n’a pas demandé à son employé qui avait effectué les tests AICS de témoigner au procès. Cet employé a conclu, d’après les deux expériences *in vivo*, que l’énantiomère R-(R*R*) était seulement deux fois plus actif que le racémate, et que les résultats n’étaient pas surprenants ni inattendus.

L’inventeur a accès à toutes les données des essais CSI, COR et AICS et a apparemment choisi uniquement les parties non représentatives de ces données pour appuyer l’activité « surprenante » alléguée de l’énantiomère R. [Non souligné dans l’original.]

[50] Ranbaxy conteste la promesse faite par Pfizer dans le brevet '546, à savoir que l’atorvastatine présente une activité accrue surprenante et inattendue par rapport au racémate. Pour ce faire, elle attaque la fiabilité des données qui sous-tendent cette promesse. Plus précisément, Ranbaxy soutient que la seule preuve à l’appui de l’allégation voulant que l’invention décrite ait

properties is a single set of CSI data which is not representative of all the data collected by Pfizer through CSI experiments. The CSI data as a whole showed tremendous variability and was not reliable. The data obtained by Pfizer from AICS experiments, which was not included in the '546 patent, was more reliable and revealed only a twofold difference between atorvastatin and its racemate.

[51] These allegations, although placed under a heading entitled “sufficiency” in the NOA, have, in my respectful view, nothing to do with the disclosure requirement under subsection 27(3) of the Act. Rather, they are relevant to an analysis of the utility, novelty and/or obviousness of a patent. This is clear from the first paragraph of the NOA cited above, according to which “[t]he disclosure does not support there being any novel or inventive aspect as claimed”. What Ranbaxy is really challenging in its NOA under the heading of “sufficiency” is the fact that Pfizer obtained a selection patent without having provided reliable data showing that the narrow class of compounds selected was better than the compounds covered by the genus patent.

(D) Errors of the applications Judge

[52] In my view, the applications Judge erred in two respects. First, he erred in construing the '546 patent as promising a tenfold increase in activity for atorvastatin as compared to its racemate. Second, he erred in focusing his subsection 27(3) analysis on whether the data substantiates the promise made by the patent.

(i) Construction of the patent

[53] The decision in *American Cyanamid v. Ethicon Limited*, [1979] R.P.C. 215 (Ch. D.), at page 261 stands for the proposition that although a patentee is not obligated to promise a result in the patent, if he does make such a promise, he will be held to it.

des propriétés surprenantes et inattendues est un unique ensemble de données d'essai CSI, qui n'est pas représentatif de l'éventail des données colligées par Pfizer dans le cadre des expériences CSI. Les données d'essai CSI dans leur ensemble présentaient une très grande variabilité et n'étaient pas fiables. Les données obtenues par Pfizer lors des expériences AICS, qui ne sont pas incluses dans le brevet '546, n'étaient pas fiables et révélaient une différence par un facteur de deux seulement entre l'atorvastatine et son racémate.

[51] Ces allégations, bien qu'elles figurent sous la rubrique intitulée « suffisance » dans l'AA, n'ont rien à voir, selon moi, avec l'exigence de divulgation énoncée au paragraphe 27(3) de la Loi. Elles sont plutôt pertinentes pour l'analyse de l'utilité, de la nouveauté et/ou de l'évidence de l'invention visée par un brevet. Cela ressort clairement du premier paragraphe de l'AA précité, selon lequel [TRADUCTION] « [l]a divulgation de l'invention ne démontre pas qu'il y ait aspect nouveau ou inventif, comme on le revendique ». Ce que conteste réellement Ranbaxy dans son AA sous la rubrique « suffisance » est le fait que Pfizer ait obtenu un brevet de sélection sans avoir fourni des données fiables démontrant que la classe étroite de composés sélectionnés était meilleure que les composés se rapportant au brevet de genre.

D) Les erreurs du juge des demandes

[52] À mon avis, le juge des demandes s'est trompé sur deux points. Premièrement, il a commis une erreur en estimant que le brevet '546 assure que l'atorvastatine a une activité dix fois supérieure à celle du mélange racémique. Deuxièmement, il s'est trompé en centrant son analyse au regard du paragraphe 27(3) sur la question de savoir si les données étaient la promesse faite dans le brevet.

i) L'interprétation du brevet

[53] L'arrêt *American Cyanamid v. Ethicon Limited*, [1979] R.P.C. 215 (Ch. D.), à la page 261 établit que bien qu'un breveté ne soit pas obligé de promettre un résultat dans le brevet, s'il le fait, il sera tenu de remplir sa promesse.

[54] The applications Judge was incorrect in construing the '546 patent as promising a tenfold increase in activity for atorvastatin as opposed to the racemate. Rather, the promise is that the compounds covered have an “unexpected and surprising inhibition of biosynthesis of cholesterol”, i.e. greater than twofold (appeal book, Volume 1, page 92). Although the '546 patent goes on to refer to CSI data set out in a table in support of this promise, in my opinion, the data is merely illustrative of the magnitude of this promise *in vitro*.

[55] Because a patent is notionally addressed to a person skilled in the art, its claims must be construed purposively, through the eyes of a person skilled in the art: see *Whirlpool*, at paragraph 49; and *Consolboard*, at page 521. A person skilled in the art will be interested in whether the compounds claimed by the '546 patent have increased activity *in vivo*. They will know that CSI data, which represents the activity of a compound *in vitro*, does not reflect the activity of the compound *in vivo*. They will not read the patent as promising the exact increase in activity that is set out in the CSI data table. I cannot accept Ranbaxy's argument that “the patentee intended the data set out in the patent to promise a ten-fold increase in inhibiting the biosynthesis of cholesterol in humans, not just in a test tube” (Ranbaxy's memorandum, paragraph 23).

(ii) Subsection 27(3) analysis

[56] The applications Judge was wrong in interpreting the disclosure requirement of subsection 27(3) of the Act as requiring that a patentee back up his invention by data. By so doing, he confused the requirements that an invention be new, useful and non-obvious with the requirement under subsection 27(3) that the specification disclose the “use” to which the inventor conceived the invention could be put: see *Consolboard*, at page 527. Whether or not a patentee has obtained enough data to substantiate its invention is, in my view, an irrelevant consideration with respect to the application of subsection 27(3). An analysis thereunder is concerned with the sufficiency of the disclosure, not the sufficiency of the data underlying the invention. Allowing Ranbaxy

[54] Le juge des demandes a commis une erreur d'interprétation lorsqu'il a estimé que le brevet '546 assure que l'atorvastatine a une activité dix fois supérieure à celle du mélange racémique. L'assurance donnée est plutôt que les composés en cause [TRADUCTION] « inhibent de façon inattendue et surprenante la biosynthèse du cholestérol », soit par une activité deux fois supérieure (dossier d'appel, volume 1, page 92). Bien que le brevet '546 se reporte ensuite aux données CSI figurant dans un tableau pour appuyer cette promesse, à mon avis, les données illustrent tout au plus l'ampleur de cette promesse *in vitro*.

[55] Du fait qu'un brevet s'adresse, quant au fond, à une personne versée dans l'art, ses revendications doivent être interprétées en fonction de leur objet, comme le ferait une personne versée dans l'art : voir *Whirlpool*, au paragraphe 49, et *Consolboard*, à la page 521. Une personne versée dans l'art sera intéressée de savoir si les composés revendiqués par le brevet '546 augmentent l'activité *in vivo*. Elle saura que les données CSI, qui représentent l'activité d'un composé *in vitro*, ne reflètent pas l'activité du composé *in vivo*. Elle n'estimera pas que le brevet promet l'augmentation exacte de l'activité indiquée dans le tableau de données CSI. Je ne peux accepter l'argument de Ranbaxy selon lequel [TRADUCTION] « le breveté avait l'intention que les données figurant dans le brevet assurent une activité dix fois supérieure en inhibant la biosynthèse du cholestérol chez les humains, pas seulement dans une éprouvette » (mémoire de Ranbaxy, paragraphe 23).

ii) L'analyse au regard du paragraphe 27(3)

[56] Le juge des demandes a eu tort d'interpréter l'exigence de divulgation du paragraphe 27(3) de la Loi comme exigeant qu'un breveté appuie son invention sur des données. Ce faisant, il a confondu l'exigence qu'une invention soit nouvelle, utile et non évidente avec l'exigence, suivant le paragraphe 27(3), que le mémoire descriptif divulgue « l'usage » auquel l'invention se prêtait selon l'inventeur : *Consolboard*, à la page 527. La question de savoir si un breveté a obtenu suffisamment de données pour étayer son invention n'est pas pertinente, à mon sens, au regard de l'application du paragraphe 27(3). L'analyse à cet égard met en cause le caractère suffisant de la divulgation et non le caractère suffisant des données sous-jacentes à l'invention.

to attack the utility, novelty and/or obviousness of the '546 patent through the disclosure requirement unduly broadens the scope of an inventor's obligation under subsection 27(3) and disregards the purpose of this provision.

[57] While it is true that subsection 27(3) requires that an inventor "correctly and fully describe" his invention, this provision is concerned with ensuring that the patentee provide the information needed by the person skilled in the art to use the invention as successfully as the patentee. The Supreme Court of Canada, in *Consolboard*, at page 526, cited with approval the following passage from *R. v. American Optical Company et al.* (1950), 11 Fox Pat. C. 62, at page 85:

It is sufficient if the specification correctly and fully describes the invention and its operation or use as contemplated by the inventor, so that the public, meaning thereby persons skilled in the art, may be able, with only the specification, to use the invention as successfully as the inventor could himself. [Emphasis added.]

[58] The requirement that the specification of a patent be truthful and not be misleading is not covered by subsection 27(3), but rather by subsection 53(1) of the Act, which reads as follows:

53. (1) A patent is void if any material allegation in the petition of the applicant in respect of the patent is untrue, or if the specification and drawings contain more or less than is necessary for obtaining the end for which they purport to be made, and the omission or addition is wilfully made for the purpose of misleading.

[59] Only two questions are relevant for the purpose of subsection 27(3) of the Act: What is the invention? How does it work?: see *Consolboard*, at page 520. In the case of selection patents, answering the question "What is your invention?" involves disclosing the advantages conferred by the selection. If the patent specification (disclosure and claims) answers these questions, the inventor has held his part of the bargain. In the case at bar, the '546 patent answers each of these questions.

[60] What is the invention? The invention consists of having identified an enantiomer, and in particular the

Permettre à Ranbaxy d'attaquer l'utilité, la nouveauté et/ou l'évidence du brevet '546 par le biais de l'exigence de divulgation élargit indûment la portée de l'obligation de l'inventeur suivant le paragraphe 27(3), et ignore l'objet de cette disposition.

[57] Bien qu'il soit vrai que le paragraphe 27(3) exige que l'inventeur « décrive d'une façon exacte et complète » son invention, cette disposition veut qu'on s'assure que le breveté fournit l'information nécessaire à la personne versée dans l'art pour qu'elle utilise l'invention avec le même succès que le breveté. La Cour suprême du Canada, dans *Consolboard*, à la page 526, a cité en l'approuvant le passage suivant de *R. v. American Optical Company et al.* (1950), 11 Fox Pat. C. 62, à la page 85 :

[TRADUCTION] [...] Il suffit que le mémoire descriptif décrive de façon complète et correcte l'invention et son emploi aux fonctionnements prévus par l'inventeur de telle sorte que le public, c'est-à-dire les personnes versées dans l'art, puissent, en n'ayant que le mémoire descriptif, utiliser l'invention avec le même succès que l'inventeur. [Non souligné dans l'original.]

[58] C'est le paragraphe 53(1) de la Loi, et non le paragraphe 27(3), qui exige que le mémoire descriptif d'un brevet soit conforme à la vérité et n'induisse personne en erreur. Le paragraphe 53(1) est ainsi rédigé :

53. (1) Le brevet est nul si la pétition du demandeur, relative à ce brevet, contient quelque allégation importante qui n'est pas conforme à la vérité, ou si le mémoire descriptif et les dessins contiennent plus ou moins qu'il n'est nécessaire pour démontrer ce qu'ils sont censés démontrer, et si l'omission ou l'addition est volontairement faite pour induire en erreur.

[59] Seules deux questions sont pertinentes aux fins du paragraphe 27(3) de la Loi. En quoi consiste l'invention? Comment fonctionne-t-elle? : voir *Consolboard*, à la page 520. Dans le cas de brevets de sélection, répondre à la question « En quoi consiste votre invention? » suppose la divulgation des avantages conférés par la sélection. Si le mémoire descriptif du brevet (divulgation et revendications) répond à ces questions, l'inventeur a respecté son engagement. En l'espèce, le brevet '546 répond à chacune de ces questions.

[60] En quoi consiste l'invention? L'invention consiste dans le fait d'avoir identifié un énantiomère et, en

calcium salt of that enantiomer, that is better at inhibiting the biosynthesis of cholesterol than would be expected, given the common knowledge and prior art at the time of application for the patent.

[61] How does it work? The '546 patent sets out the methods for producing the compounds covered by the patent.

[62] I also conclude that the fact that the '546 patent does not provide a justification as to why the calcium salt of atorvastatin is the preferred embodiment of the invention does not render the disclosure insufficient. As I have already indicated, there is no requirement that a patentee explain in the disclosure why and how his invention is useful. When read as a whole, a skilled reader would understand the patent as claiming that the calcium salt of atorvastatin is the compound covered by the '546 patent that demonstrates the most surprising and unexpected inhibition of cholesterol biosynthesis because it has the most preferred physical properties. Pfizer was not required to include in the '546 patent data which supports its statement that the calcium salt of atorvastatin is the preferred embodiment of the invention, nor was it required to explain why the calcium salt was the preferred embodiment.

(E) Conclusion on disclosure under subsection 27(3)

[63] The applications Judge erred in construing the promise of the patent and mischaracterized the disclosure requirement under subsection 27(3) of the Act by asking whether there was sufficient data to substantiate the promise of the patent. Such an examination exceeds the scope of the provision. An attack on a selection patent on the basis that there is no data to support the claimed advantage is certainly relevant for the purposes of validity (most likely to the question of utility), but it is not relevant with respect to disclosure under subsection 27(3) of the Act.

[64] The patent must disclose the invention and how it is made. The '546 patent does this. It also discloses the

particulier, le sel de calcium de cet énantiomère, qui inhibe mieux la biosynthèse du cholestérol qu'on le prévoirait compte tenu des connaissances communes et de l'état antérieur de la technique au moment de la demande de brevet.

[61] Comment fonctionne-t-elle? Le brevet '546 énonce les méthodes de production des composés visés par le brevet.

[62] Je conclus aussi que la divulgation ne devient pas insuffisante du fait que le brevet '546 ne fournit pas de justification expliquant pourquoi le sel de calcium de l'atorvastatine est la réalisation privilégiée de l'invention. Comme je l'ai déjà indiqué, il n'est pas exigé que le breveté explique dans sa divulgation pourquoi et comment son invention est utile. Le lecteur averti, qui lit la divulgation dans son ensemble, comprendrait que le brevet revendique que le sel de calcium de l'atorvastatine est le composé visé par le brevet '546, lequel démontre le résultat inattendu d'une inhibition de la biosynthèse du cholestérol du fait qu'il a les propriétés physiques privilégiées. Pfizer n'était pas tenue d'inclure dans le brevet '546 des données appuyant sa déclaration que le sel de calcium de l'atorvastatine est la réalisation privilégiée de l'invention, non plus qu'elle était tenue d'expliquer en quoi le sel de calcium était la réalisation privilégiée.

E) Conclusion au sujet de la divulgation suivant le paragraphe 27(3)

[63] Le juge des demandes s'est trompé en interprétant la promesse du brevet et en déterminant mal la portée de l'exigence de divulgation suivant le paragraphe 27(3) de la Loi lorsqu'il s'est demandé s'il y avait suffisamment de données pour étayer la promesse du brevet. Un tel examen excède la portée de la disposition. Attaquer un brevet de sélection au motif qu'il n'existe pas de données pour étayer l'avantage revendiqué est certainement pertinent aux fins de la validité (très probablement en ce qui regarde la question de l'utilité), mais ne l'est pas aux fins de la divulgation suivant le paragraphe 27(3) de la Loi.

[64] Le brevet doit divulguer l'invention et comment elle est fabriquée. Le brevet '546 fait cela. Il divulgue

advantages that underlie the selection. This, in my view, is the extent of the requirement under subsection 27(3) of the Act, the purpose of which is to allow a person skilled in the art to make full use of the invention without having to display inventive ingenuity.

3. Are the allegations of obviousness, double patenting and anticipation justified?

[65] I now turn to Ranbaxy's allegations of obviousness, double patenting and anticipation. Because of his conclusion in regard to the subsection 27(3) issue, the Judge made no findings as to whether Ranbaxy's allegations under these headings were justified.

[66] In its NOA, Ranbaxy alleges that the '546 patent is invalid for obviousness, double patenting and anticipation. Pfizer counters these allegations by saying that because the '546 patent is a selection patent, its validity depends solely on it having unexpected advantages over the class from which it is selected.

[67] In *Novopharm*, above, von Finckenstein J. examined the allegations of invalidity for obviousness, double patenting and anticipation with respect to the '546 patent and found that they were not justified. This conclusion was based on his finding that the '546 patent was, on its face, a valid selection patent claiming a tenfold advantage of atorvastatin over the racemate. In his view, the fact that the '546 patent was a valid selection provided a complete answer to the allegations of invalidity (see paragraphs 56 and 96 of his reasons). In so concluding, the Judge emphasized the fact that Novopharm's allegations of invalidity based on anticipation, obviousness and double patenting did not challenge the '546 patent on the ground that it was not a valid selection, nor did they challenge its utility.

[68] In the present matter, Ranbaxy challenges the validity of the '546 patent on the basis of obviousness, double patenting and anticipation, but it does not, under those headings, attack the sufficiency of the data that underlies the invention claimed in the '546 patent. I

également les avantages sous-tendant la sélection. C'est là, à mon avis, la portée de l'exigence énoncée au paragraphe 27(3) de la Loi, dont l'objet est de permettre à une personne versée dans l'art d'utiliser pleinement l'invention sans avoir à faire montre d'un esprit inventif.

3. Les assertions d'évidence, de double brevet et d'antériorité sont-elles justifiées?

[65] Je me penche maintenant sur les assertions d'évidence, de double brevet et d'antériorité de Ranbaxy. Vu sa conclusion en ce qui concerne la question relative au paragraphe 27(3), le juge n'a pas formulé de conclusions sur la question de savoir si les assertions de Ranbaxy étaient justifiées sous ces rubriques.

[66] Dans son AA, Ranbaxy prétend que le brevet '546 est invalide pour cause d'évidence, de double brevet et d'antériorité. Pfizer répond à ces assertions en disant que, le brevet '546 est un brevet de sélection, sa validité dépend uniquement du fait que les composés sélectionnés présentent des avantages inattendus par rapport à la classe dont ils sont issus.

[67] Dans la décision *Novopharm*, précitée, le juge von Finckenstein a examiné, pour ce qui est du brevet '546, les assertions d'invalidité pour cause d'évidence, de double brevet et d'antériorité, et a conclu qu'elles n'étaient pas justifiées. Cette conclusion était fondée sur celle portant que le brevet '546 était, à sa face même, un brevet de sélection valide qui revendique, pour l'atorvastatine, un avantage dix fois supérieur par rapport au mélange racémique. À son avis, le fait que le brevet '546 soit une sélection valide fournissait une réponse exhaustive aux assertions d'invalidité (voir les paragraphes 56 et 96 de ses motifs). En concluant ainsi, le juge a souligné que les assertions d'invalidité de Novopharm, fondées sur l'antériorité, l'évidence et le double brevet, n'attaquaient pas le brevet '546 au motif qu'il ne constituait pas une sélection valide, non plus qu'elles ne contestaient son utilité.

[68] En l'espèce, Ranbaxy conteste la validité du brevet '546 pour cause d'évidence, de double brevet et d'antériorité, mais il n'attaque pas, sous ces rubriques, le caractère suffisant des données sous-tendant l'invention revendiquée dans le brevet '546. Je tire donc la même

therefore reach the same conclusion reached by von Finkenstein J. in *Novopharm*, above, i.e. that the NOA does not constitute a sufficient basis upon which to challenge the data underlying the '546 patent.

[69] On its face, the '546 patent is a selection patent, the validity of which depends on it having unexpected advantages over the class from which it is selected. By failing to attack the data underlying the selection under the headings of anticipation, obviousness and double patenting, Ranbaxy has not challenged the validity of the selection. Consequently, as von Finkenstein J. held in *Novopharm*, above, there is no need to examine Ranbaxy's allegations under those headings. However, I will nonetheless say a few words regarding the issues of double patenting and anticipation.

(i) Double patenting

[70] Ranbaxy alleges, in its NOA, that a number of the claims of the '546 patent are invalid for double patenting (appeal book, Volume 1, pages 239-240):

Canadian Patent No. 1,330,441 (“the 441 Patent”), entitled “Process for Trans-6-[2-(Substituted-Pyrrol-1YL)Alkyl] Pyran-2-One Inhibitors of Cholesterol Synthesis”, have a filing date of February 7, 1989 and priority dates of February 22, 1988 and February 1, 1989 based on U.S. Patent application Nos. 158,439 and 303,733 respectively, also issued to Warner-Lambert. The 441 Patent was filed over a year prior to the filing of the 546 Patent.

The 441 Patent discloses processes for preparation of, *inter alia*, atorvastatin lactone, atorvastatin acid and pharmaceutically acceptable salts thereof. Further, the 441 Patent disclosure teaches atorvastatin acid at page 22, lines 1 to 3: “a dihydroxy acid and pharmaceutically accepted salts thereof, corresponding to the opened lactone ring of compounds of structural Formula 1”.

The 441 Patent teaches at page 2, lines 2 to 7, that the processes disclosed in the 893 U.S. Patent:

... do not produce enantiomerically pure products. The materials produced by the earlier methods can be separated in enantiomerically pure products but the process is very expensive, time-consuming, and results in the loss of more than 50% of the starting material.

conclusion que le juge von Finkenstein dans *Novopharm*, c'est-à-dire que l'AA ne constitue pas un fondement suffisant permettant de contester les données sous-tendant le brevet '546.

[69] À sa face même, le brevet '546 est un brevet de sélection, dont la validité dépend du fait qu'il présente des avantages inattendus par rapport à la classe dont il est issu. En omettant d'attaquer les données sous-tendant la sélection sous les rubriques d'antériorité, d'évidence et de double brevet, Ranbaxy n'a pas contesté la validité de la sélection. En conséquence, comme l'a statué le juge von Finkenstein dans *Novopharm*, point n'est besoin d'examiner les assertions de Ranbaxy sous ces rubriques. Toutefois, je dirai néanmoins quelques mots en ce qui concerne les questions de double brevet et d'antériorité.

i) Double brevet

[70] Ranbaxy soutient, dans son AA, qu'un certain nombre des revendications du brevet '546 sont invalides pour cause de double brevet (dossier d'appel, volume 1, pages 239 et 240) :

[TRADUCTION] Le brevet canadien n° 1,330,441 (le brevet 441), intitulé « Procédé pour la synthèse d'inhibiteurs de la synthèse du cholestérol, de type trans-6-[2-(pyrrol-1-YL substitué) alkyl]pyran-2-one », a été déposé le 7 février 1989, et les dates de priorité sont le 22 février 1988 et le 1^{er} février 1989, d'après les demandes de brevets américains nos 158,439 et 303,733, respectivement, délivrés également à Warner-Lambert. Le brevet 441 a été déposé plus d'un an avant le dépôt du brevet 546.

Le brevet 441 divulgue des procédés pour la préparation, entre autres, du lactone d'atorvastatine, de l'acide d'atorvastatine et de leurs sels pharmaceutiquement acceptables. En outre, la divulgation du brevet 441 décrit l'acide d'atorvastatine à la page 22, lignes 1 à 3 : « Un acide dihydroxy et ses sels pharmaceutiquement acceptés, correspondant au cycle lactonique ouvert des composés de la formule structurale 1. »

Le brevet 441 indique à la page 2, lignes 2 à 7, les procédés divulgués dans le brevet américain 893 :

[...] ne donnent pas des produits énantiomériquement purs. Les matières produites au moyen des méthodes précédentes peuvent être séparées en produits énantiomériquement purs, mais le procédé est très coûteux, prend du temps et entraîne la perte de plus de 50 % de la matière première.

The object of the present invention is an improved process for preparing the compounds described above by using a novel synthesis.

Example 3 of the 441 Patent teaches two step-by-step methods to produce atorvastatin lactone.

Further, the 441 Patent discloses that the R(R*R*) single enantiomer is particularly valuable as a hypolipidemic and hypocholesterolemic agent (page 1, I.18-25) and that it is the preferred isomer (page 44, I.33-35).

[71] Specifically with respect to claim 6 of the '546 patent, the NOA provides (appeal book, Volume 1, page 241):

As noted above, Claim 6 of the 546 Patent specifies the hemicalcium salt of atorvastatin acid recited in claim 2 of the 546 Patent. Claim 12 of the 441 Patent claims, inter alia, processes for making atorvastatin acid and pharmaceutically acceptable salts thereof. The 441 Patent (p. 20, I.16) teaches calcium salts to be pharmaceutically accepted salts. The calcium salt of atorvastatin acid would be obvious to a person skilled in the art based on the disclosure and the Monkhouse article, supra.

Accordingly, claim 6 of the 546 Patent was not patentably distinct from claim 12 of the 441 Patent. Therefore, claim 6 of the 546 Patent was without any novelty or ingenuity over claim 12 of the 441 Patent, and is invalid for double patenting.

[72] On the topic of double patenting, the NOA concludes (appeal book, Volume 1, page 241):

The compounds of the 546 Patent do not result in a further invention over and above the end products of the processes described in the 441 Patent. Thus, claims 1, 2, 3, 6, 11 and 12 of the 546 Patent do not exhibit any novelty or ingenuity over claims 12 and 14 of the 441 Patent and, therefore, claims 1, 2, 3, 6, 11 and 12 of the 546 Patent are invalid for double patenting.

[73] In its notice of application, Pfizer responds to this allegation as follows (appeal book, Volume 1, page 83):

The 441 Patent includes claims for improved process of compounds. ... It does not claim [compounds]... as molecules exhibiting surprisingly potent activity as inhibitors of cholesterol biosynthesis or having any other unexpected characteristics. Nor does the 441 Patent claim atorvastatin

L'objet de la présente invention est un procédé amélioré pour la préparation des composés décrits ci-dessus à l'aide d'une nouvelle méthode de synthèse.

L'exemple 3 du brevet 441 illustre deux méthodes pas à pas pour produire le lactone d'atorvastatine.

De plus, le brevet 441 divulgue que l'énantiomère unique R(R*R*) est particulièrement utile comme agent hypolipémiant et hypocholestérolémiant (page 1, I.18-25) et qu'il s'agit de l'isomère privilégié (page 44, I.33-35).

[71] En ce qui concerne plus particulièrement la revendication 6 du brevet '546, le AA mentionne ce qui suit (dossier d'appel, volume 1, page 241) :

[TRADUCTION] Comme nous l'avons indiqué précédemment, la revendication 6 du brevet 546 nomme le sel hémicalcique de l'acide d'atorvastatine décrit à la revendication 2 du brevet 546. La revendication 12 du brevet 441 revendique, entre autres, des procédés pour la fabrication d'acide d'atorvastatine et de ses sels pharmaceutiquement acceptables. Le brevet 441 (page 20, I.16) indique que les sels de calcium sont des sels pharmaceutiquement acceptés. Le sel de calcium de l'acide d'atorvastatine serait un produit évident pour la personne versée dans l'art qui a pris connaissance de la divulgation de l'invention et de l'article de Monkhouse, précité.

En conséquence, la revendication 6 du brevet 546 ne visait pas un élément brevetable distinct de celui de la revendication 12 du brevet 441. La revendication 6 du brevet 546 était donc dépourvue de nouveauté ou d'ingéniosité par rapport à la revendication 12 du brevet 441, et elle est invalide parce qu'il s'agit d'un double brevet.

[72] Sur le sujet du double brevet, l'AA conclut ainsi (dossier d'appel, volume 1, page 241) :

[TRADUCTION] Les composés du brevet 546 ne créent pas une nouvelle invention par rapport aux produits finaux des procédés décrits dans le brevet 441. Ainsi, les revendications 1, 2, 3, 6, 11 et 12 du brevet 546 ne présentent aucune nouveauté ni ingéniosité par rapport aux revendications 12 et 14 du brevet 441 et, en conséquence, les revendications 1, 2, 3, 6, 11 et 12 du brevet 546 sont invalides pour cause de double brevet.

[73] Dans son avis de demande, Pfizer répond à cette assertion de la façon suivante (dossier d'appel, volume 1, page 83) :

[TRADUCTION] Le brevet 441 comprend des revendications relatives à un procédé amélioré pour la préparation de composés. ... Il ne revendique pas [des composés]... comme molécules ayant une activité étonnamment puissante d'inhibition de la biosynthèse du cholestérol ou d'autres

calcium as a compound exhibiting surprising potent activity as an inhibitor of cholesterol biosynthesis or having any other unexpected properties.

In addition, the allegation of double patenting based on the 441 Patent cannot be justified because the 546 Patent expires before the 441 Patent and there is thus no extension of the monopoly of the 546 Patent.

Claim 6 of the 546 Patent is patently distinct over the claims of the 441 Patent. There is no double patenting as alleged by Ranbaxy.

[74] Ranbaxy's submission, put at its simplest, is that the process claims of the '441 patent and the product claims of the '546 patent are, in reality, two aspects of the same invention. Hence, as a result, there is no ingenuity in taking the products disclosed in the '441 patent and separately patenting them in the '546 patent. Thus, the '546 patent is not patently distinct from the '441 patent.

[75] In *Pharmascience Inc. v. Sanofi-Aventis Canada Inc.*, [2007] 2 F.C.R. 103 (F.C.A.), at paragraphs 67-68, Sharlow J.A. summarized the law on double patenting as follows:

“Double patenting” refers to certain judge-made rules that have been devised to prevent the “evergreening” of patents. Evergreening is the undue extension of the statutory monopoly in a particular patent by means of a series of patents with obvious or uninventive additions (*Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067, at paragraph 37).

The jurisprudence has so far identified two categories of double patenting. In the first category, “same invention patenting”, two patents are the same or have an identical or conterminous claim. The second category, “obviousness double patenting”, is somewhat broader. In obviousness double patenting, the claims of the patents are not identical or conterminous, but the later patent has claims that are not patentably distinct from the other patent, or involve no novelty or ingenuity.

[76] In my opinion, the double patenting allegations are not justified. The '441 patent covers processes, whereas the '546 patent covers compounds. As explained

caractéristiques inattendues. Le brevet 441 ne revendique pas non plus l'atorvastatine calcique comme composé présentant une activité étonnamment puissante d'inhibition de la biosynthèse du cholestérol ou d'autres propriétés inattendues.

En outre, l'assertion de double brevet fondé sur le brevet 441 ne peut être justifiée, car le brevet 546 expire avant le brevet 441 et ne prolonge pas le monopole conféré par le brevet 546.

La revendication 6 du brevet 546 vise un élément brevetable distinct de celui visé par les revendications du brevet 441. Il ne s'agit donc pas d'un double brevet comme le soutient Ranbaxy.

[74] Résumé à sa plus simple expression, l'argument de Ranbaxy porte que les revendications de procédé du brevet '441 et les revendications de produit du brevet '546 sont, en réalité, deux aspects de la même invention. Aussi il en résulte qu'il n'y a pas d'ingéniosité dans le fait de prendre les produits divulgués dans le brevet '441 et de les breveter séparément dans le cadre du brevet '546. Le brevet '546 n'est donc pas manifestement distinct du brevet '441.

[75] Dans l'arrêt *Pharmascience Inc. c. Sanofi-Aventis Canada Inc.*, [2007] 2 R.C.F. 103 (C.A.F.), aux paragraphes 67 et 68, la juge Sharlow a ainsi résumé le droit sur la question des doubles brevets :

Le concept du « double brevet » renvoie à une certaine jurisprudence élaborée pour empêcher les « renouvellements à perpétuité » des brevets. Le renouvellement à perpétuité est le prolongement indu du monopole conféré par la loi au breveté grâce à des brevets successifs obtenus pour des ajouts évidents ou non inventifs (*Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, au paragraphe 37).

Jusqu'à présent, la jurisprudence a défini deux catégories de double brevet. Dans la première catégorie, celle du « brevet pour la même invention », deux brevets sont identiques ou il y a « identité » des revendications des deux brevets. La seconde catégorie, celle du « double brevet relatif à une évidence », a une portée un peu plus large. Dans ce type de double brevet, il n'y a pas « identité » des revendications des deux brevets; cependant le dernier brevet comporte des revendications qui ne sont pas distinctes, au plan de la brevetabilité, de celles de l'autre brevet, ou ne comporte aucune nouveauté ou ingéniosité.

[76] À mon avis, les assertions de double brevet ne sont pas justifiées. Le brevet '441 se rapporte à des procédés, alors que le brevet '546 se rapporte à des

by Hughes and Woodley (at §15, page 172), “[a] previous patent for a product produced by a claimed process does not invalidate a later patent for the product alone for reasons of double patenting” (see: *Aventis Pharma Inc. v. Mayune Pharma (Canada) Inc.* (2005), 42 C.P.R. (4th) 481 (F.C.), at paragraphs 72-76).

[77] Furthermore, according to Hughes and Woodley (§15, page 172), “[w]here a patent has been found to be a proper selection patent, therefore not obvious, there is no double patenting” (see: *GlaxoSmithKline Inc. v. Apotex Inc.* (2003), 27 C.P.R. (4th) 114 (F.C.T.D.), at paragraph 48).

[78] I therefore agree with the following conclusion reached by von Finkenstein J. in *Novopharm*, above, where he said, at paragraphs 100-102:

In same invention double patenting, the claims must be identical or co-terminus. Since the 441 Patent is a process patent, it is obviously not the same as the 546 Patent, which claims a compound. Given that the 546 Patent is a selection from the group of compounds disclosed in the 768 Patent (the Canadian equivalent of the US 893 Patent), the 546 Patent is obviously not identical with the claims of the 768 Patent.

As far as obviousness double patenting is concerned, the claims or disclosure must exhibit novelty or ingenuity in order for the second patent to be valid. (See *Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, supra at para. 86).

As the Court found that the 546 Patent was a selection patent, by definition it is novel and unexpected. It thus cannot be invalid on the basis of obviousness double patenting.

(ii) Anticipation

[79] Ranbaxy submits that the '546 patent is anticipated by the '768 patent which discloses atorvastatin calcium. The NOA attacks the novelty of the '546 patent as follows (appeal book, Volume 1, page 244):

If on the construction of the 768 Patent, its claims are found to include the R(R*R*) enantiomer, then Claims 1, 2, 3, 6, 11 and 12 of the 546 Patent are invalid as lacking novelty in light of

composés. Comme l’ont expliqué Hughes et Woodley (à § 15, page 172), [TRADUCTION] « un brevet antérieur pour un produit fabriqué par un procédé revendiqué n’invalide pas un brevet postérieur pour le produit en soi pour cause de double brevet » (voir *Aventis Pharma Inc. c. Mayune Pharma (Canada) Inc.*, 2005 CF 1183, aux paragraphes 72 à 76).

[77] De plus, selon Hughes et Woodley (à § 15, page 172), [TRADUCTION] « lorsqu’un brevet est considéré comme un brevet de sélection adéquat, donc non évident, il n’y a pas de double brevet » (voir *GlaxoSmithKline Inc. c. Apotex Inc.*, 2003 CFPI 687, au paragraphe 48).

[78] J’endosse donc la conclusion suivante du juge von Finkenstein dans *Novopharm*, précitée aux paragraphes 100 à 102 :

Pour qu’il y ait double brevet relatif à la même invention, il faut qu’il y ait identité des revendications. Or, comme le brevet 441 est un brevet de procédé, il ne porte évidemment pas sur la même invention que le brevet 546, qui revendique un composé. De plus, étant donné que le brevet 546 porte sur une sélection à partir du groupe de composés divulgué par le brevet 768 (l’équivalent canadien du brevet américain 893), ses revendications ne sont manifestement pas identiques à celles du brevet 768.

Pour ce qui est du double brevet relatif à une évidence, les revendications ou la divulgation du second brevet doivent présenter le caractère de la nouveauté ou de l’ingéniosité pour qu’il soit valide (voir *Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, précitée, au paragraphe 86).

La Cour ayant conclu qu’il constitue un brevet de sélection, le brevet 546 présente par définition le caractère de la nouveauté et de l’aspect inattendu. Il ne peut donc être invalide au motif du double brevet relatif à une évidence.

ii) Antériorité

[79] Ranbaxy soutient que le brevet '546 est précédé par le brevet '768 qui divulgue l’atorvastatine calcique. L’AA attaque ainsi la nouveauté du brevet '546 (dossier d’appel, volume 1, page 244) :

[TRADUCTION] Si, selon l’interprétation donnée au brevet 768, ses revendications sont considérées inclure l’énantiomère R(R*R*), alors les revendications 1, 2, 3, 6, 11 et 12 du brevet

the 893 U.S. Patent (which corresponds to the 768 Patent). On that construction, the 893 Patent would disclose the R(R*R*) enantiomer and pharmaceutically acceptable salts thereof for use as a hypocholesterolemic or hypolipidemic agent. All essential elements of Claims 1, 2, 3, 6, 11 and 12 of the 546 Patent would then be found in the 893 U.S. Patent. Those claims would not be novel, hence they would be invalid.

[80] Pfizer responds to this allegation in its notice of application, as follows (appeal book, Volume 1, page 83):

Ranbaxy also asserts that claim 6 of the 546 Patent is invalid by reason of lack of novelty in view of the 893 Patent. This assertion is without merit. Claim 6 of the 546 Patent claims subject-matter which is novel over the disclosure of the 893 Patent. Claim 6 is not anticipated by the 893 Patent.

[81] The test for anticipation was enunciated by this Court in *Beloit Canada Ltd. v. Valmet OY* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289 (F.C.A.), which the Supreme Court of Canada adopted in *Free World Trust v. Electro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024 [at paragraph 26]:

One must, in effect, be able to look at a prior, single publication and find in it all the information which, for practical purposes, is needed to produce the claimed invention without the exercise of any inventive skill. The prior publication must contain so clear a direction that a skilled person reading and following it would in every case and without possibility of error be led to the claimed invention. [Emphasis added.]

[82] In *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2007] 2 F.C.R. 137 (F.C.A.), this Court made it clear that the test for anticipation was a difficult one to meet. At paragraph 36, Malone J.A. put it as follows:

This is a difficult test to meet. The applications Judge held that a person skilled in the art would not know why to select besylate as one of the initial choices of salt, would not know whether it would form a salt of amlodipine in the solid state and would not know the particular properties of besylate or their advantage for pharmaceutical formulation. As a result of these facts, he found that a person skilled in the art would not in every case and without possibility of error be led to the claimed invention. In so doing he did not make a palpable and overriding error because there was evidence on which to base his findings.

546 sont invalides pour absence de nouveauté au regard du brevet américain 893 (qui correspond au brevet 768). Suivant cette interprétation, le brevet 893 divulguerait l'énantiomère R(R*R*) et des sels pharmaceutiquement acceptables pour utilisation à titre d'agent hypocholestérolémique ou hypolipidémique. Tous les éléments essentiels des revendications 1, 2, 3, 6, 11 et 12 du brevet 546 se retrouveraient alors dans le brevet américain 893. Ces revendications ne seraient pas nouvelles, et seraient donc invalides.

[80] Pfizer répond ainsi à cette allégation dans son avis de demande (dossier d'appel, volume 1, page 83) :

[TRANSDUCTION] Ranbaxy prétend aussi que la revendication 6 du brevet 546 est invalide pour absence de nouveauté au regard du brevet 893. Cette affirmation est sans fondement. La revendication 6 du brevet 546 revendique un sujet qui est nouveau par rapport à la divulgation du brevet 893. La revendication 6 n'est pas précédée par le brevet 893.

[81] Le critère applicable en matière d'antériorité a été énoncé par notre Cour dans *Beloit Canada Ltd. c. Valmet OY* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289 (C.A.F.), et a été repris par la Cour suprême du Canada dans *Free World Trust c. Electro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024 [au paragraphe 26] :

Il faut en effet pouvoir s'en remettre à une seule publication antérieure et y trouver tous les renseignements nécessaires, en pratique, à la production de l'invention revendiquée sans l'exercice de quelque génie inventif. Les instructions contenues dans la publication antérieure doivent être d'une clarté telle qu'une personne au fait de l'art qui en prend connaissance et s'y conforme arrivera infailliblement à l'invention revendiquée. [Non souligné dans l'original.]

[82] Dans *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2007] 2 R.C.F. 137 (C.A.F.), notre Cour a dit clairement qu'il était difficile de satisfaire au critère applicable en matière d'antériorité. Au paragraphe 36, le juge Malone déclare :

Il s'agit d'un critère exigeant. Le juge de première instance a estimé qu'une personne versée dans l'art ne saurait pas pourquoi le bésylate s'impose comme l'un des premiers choix, ignorerait s'il forme un sel de l'amlodipine à l'état solide et ne connaîtrait pas les propriétés particulières du bésylate ou l'avantage qu'elles constituent pour des préparations pharmaceutiques. Il a donc conclu qu'elle n'arriverait pas infailliblement à l'invention revendiquée. Cette conclusion n'est pas entachée d'une erreur manifeste et dominante parce que des éléments de preuve permettaient au juge de la tirer.

[83] The allegation of anticipation, in my view, is not justified. A claim to a specific chemical compound cannot be anticipated by a prior art reference which only teaches a broad class of genus of compounds into which the compound falls because the prior art reference does not give directions which inevitably result in the specific compound (see *Sanofi-Synthelabo Canada Inc. v. Apotex Inc.* (2005), 39 C.P.R. (4th) 202 (F.C.), at paragraph 55; affirmed (2006), 282 D.L.R. (4th) 179 (F.C.A.), at paragraphs 25-27; *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.* (1997), 77 C.P.R. (3d) 547 (F.C.T.D.); *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2007] 2 F.C.R. 137 (F.C.A.). Ranbaxy did not allege that the prior art teaches that the calcium salt of atorvastatin would have greater inhibition activity than expected, i.e. more than twofold.

CONCLUSION

[84] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court and rendering the judgment which ought to have been rendered, I would prohibit the Minister from issuing a notice under section C.08.004 [as am. by SOR/95-411, s. 6] of the *Food and Drug Regulations* [C.R.C., c. 870] to Ranbaxy for atorvastatin calcium, until after the expiry of the '546 patent. I would also allow Pfizer its costs both in the appeal and in the application.

LINDEN J.A.: I agree.

RYER J.A.: I agree.

[83] À mon avis, l'allégation d'antériorité n'est pas justifiée. La revendication d'un composé chimique particulier ne peut avoir été anticipée par une antériorité citée qui porte seulement sur une vaste classe de genre de composés à laquelle appartient le composé en cause, parce que cette antériorité ne donne pas de directives menant infailliblement au composé particulier (voir *Sanofi-Synthelabo Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2005 CF 390, au paragraphe 55, confirmé par, 2006 CAF 421, aux paragraphes 25 à 27; *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.* (1997), 77 C.P.R. (3d) 547 (C.F. 1^{re} inst.); *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2007] 2 R.C.F. 137 (C.A.F.). Ranbaxy n'a pas prétendu que l'antériorité montre que le sel de calcium de l'atorvastatine aurait une activité inhibitrice supérieure à celle qu'on prévoyait, c'est-à-dire deux fois supérieure.

CONCLUSION

[84] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel, j'annulerais le jugement de la Cour fédérale et rendant le jugement qui aurait dû être rendu, j'interdirais au ministre de délivrer à Ranbaxy un avis de conformité en vertu de l'article C.08.004 [mod. par DORS/95-411, art. 6] du *Règlement sur les aliments et drogues* [C.R.C., ch. 870] pour l'atorvastatine calcique, et ce, jusqu'à l'expiration du brevet '546. J'adjugerais aussi à Pfizer ses dépens relativement à l'appel et à la demande.

LE JUGE LINDEN, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE RYER, J.C.A. : Je suis d'accord.

A-355-07
2008 FCA 199

A-355-07
2008 CAF 199

Canadian National Railway Company, and Canadian Pacific Railway Company (*Appellants*)

Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique (*appelantes*)

v.

c.

Canadian Transportation Agency (*Respondent*)

Office des transports du Canada (*intimé*)

INDEXED AS: CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. v. CANADA (TRANSPORTATION AGENCY) (F.C.A.)

RÉPERTOIRE : COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA c. CANADA (OFFICE DES TRANSPORTS) (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Desjardins, Noël, and Blais J.J.A.—Montréal, March 10; Ottawa, May 29, 2008.

Cour d'appel fédérale, juges Desjardins, Noël, et Blais, J.C.A.—Montréal, 10 mars; Ottawa, 29 mai 2008.

Transportation — Appeal from Canadian Transportation Agency's (CTA) dismissal of preliminary objection to hearing, disposition of application for net salvage value determination, bad faith complaint pursuant to Canada Transportation Act, ss. 144(3.1), (6) — After publishing notice to discontinue operation of section of railway line, appellants commencing negotiations with interested party — Not reaching agreement even after limitation period extended — Thereafter, appellants offering line to public bodies pursuant to Act, s. 145(1) — Per Noël J.A. (Desjardins J.A. concurring): Act, Division V setting out process, time lines for transfer, discontinuance of operation of railway line — CTA exceeding jurisdiction by disposing of s. 144 application after expiry of six-month period to conclude negotiation, by establishing discontinuance, transfer process according to time lines distinct from Act, Division V — Bad faith application under Act, s. 144 suspending limitation period — Offer to public bodies not premature since no agreement with Southern Ontario Locomotive Restoration Society (SOLRS) reached prior to expiry of six-month period — Per Blais J.A. (concurring): argument bad faith application justifying suspension of time limit premature since issue not identified when leave to appeal granted.

Transports — Appel interjeté à l'encontre de la décision par laquelle l'Office des transports du Canada (l'OTC) a rejeté l'objection préliminaire des appelantes, qui s'opposaient à ce que l'OTC entende et tranche la détermination de la valeur nette de récupération et la plainte de mauvaise foi en vertu des art. 144(3.1) et (6) de la Loi sur les transports au Canada — Après la publication d'un avis de cessation de l'exploitation d'un tronçon de ligne de chemin de fer, les appelantes ont entamé des négociations avec la partie intéressée — Elles n'ont pas conclu d'entente, même après la prolongation du délai prévu à cette fin — Les appelantes ont ensuite offert la ligne à des organismes publics conformément à l'art. 145(1) de la Loi — Le juge Noël, J.C.A. (la juge Desjardins, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : la section V de la Loi prévoit le processus et l'échéancier pour transférer une ligne de chemin de fer et cesser son exploitation — L'OTC a outrepassé sa compétence en statuant sur la demande présentée en vertu de l'art. 144 après l'expiration du délai de six mois prévu pour achever les négociations et en établissant un processus de cessation et de transfert suivant un échéancier qui divergeait de celui de la section V de la Loi — Une plainte de mauvaise foi en vertu de l'art. 144 de la Loi suspend le délai — L'offre faite aux organismes publics n'était pas prématurée puisque aucune entente n'avait été conclue avec Southern Ontario Locomotive Restoration Society (SOLRS) avant l'expiration du délai de six mois — Le juge Blais, J.C.A. (motifs concourants) : l'argument selon lequel une plainte de mauvaise foi justifie une suspension du délai était prématurée parce que la question n'avait pas été soulevée lorsque l'autorisation d'appel a été accordée.

This was an appeal from a decision of the Canadian Transportation Agency (CTA) dismissing the appellants' preliminary objection to the hearing and disposition of an application filed by the Southern Ontario Locomotive Restoration Society (SOLRS), pursuant to subsections 144(3.1) and (6) of the *Canada Transportation Act*. On April 29, 2005,

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre de la décision par laquelle l'Office des transports du Canada (l'OTC) a rejeté l'objection préliminaire des appelantes, qui s'opposaient à ce que l'OTC entende et tranche la demande présentée par la Southern Ontario Locomotive Restoration Society (SOLRS) en vertu des paragraphes 144(3.1) et (6) de la *Loi sur les*

the appellants indicated their intention to discontinue the operation of a section of a railway line located in a subdivision the appellants co-own. On May 1, 2006, Canadian National Railway Company (CN), which assumed the discontinuance process on behalf of the appellants, published a notice to that effect pursuant to subsection 143(1) of the Act. On May 15, 2006, SOLRS disclosed its interest in acquiring ownership thereof. In accordance with subsection 143(2) of the Act, the date by which interested persons had to make their interest in acquiring the line known to the appellants was June 30, 2006. In accordance with subsection 144(4) of the Act, the appellants had to reach an agreement with SOLRS by December 31, 2006. CN extended the negotiating period to January 25, 2007, but the parties were unable to reach an agreement. On January 25, SOLRS applied to the CTA for a determination of the net salvage value of the line as well as a declaration that the appellants were not negotiating in good faith. On January 29, the appellants offered to sell the line to the Government of Ontario and the Municipality of St. Thomas pursuant to subsection 145(1) since no agreement with SOLRS had been reached. On January 30, 2007, the appellants raised a preliminary objection to CTA's jurisdiction to consider SOLRS' application, that is that it was filed after the statutory period set out in subsection 144(4) had expired (on December 31, 2006). The CTA dismissed this objection and granted a further 10 days to continue negotiations after the CTA's eventual determination of the net salvage value. It also held that the appellants' offer to public bodies was premature.

The issue was whether the six-month limitation set out in subsection 144(4) of the Act for the completion of the negotiations can be extended by the parties thereto or by the CTA.

Held, the appeal should be allowed.

Per Noël J.A. (Desjardins J.A. concurring): Division V of the Act provides a railway company the right to abandon the operation of a railway line. The process takes place in accordance with a precise time line, which is binding on a railway company. Unless the six-month period that the parties had to reach an agreement was validly extended, the appellants had an obligation to offer the line for sale to the relevant public bodies at its net salvage value and the public bodies had a corresponding right to acquire the line at that price. Despite the unambiguous terms of subsections 144(4) and (5) of the Act, the CTA found that ambiguity could arise in the application of this six-month limitation in two situations. The Agency reasoned that the right of a negotiating party to make a complaint of bad faith becomes moot if the complaint is made late in the process. However the filing of a bad faith application under section 144 suspends the running of the six-month period so there was no need to read in power to extend this period to

transports au Canada. Le 29 avril 2005, les appelantes ont fait connaître leur intention de cesser d'exploiter un tronçon de ligne de chemin de fer situé dans une subdivision dont elles étaient les copropriétaires. Le 1^{er} mai 2006, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (CN), qui assurait la conduite du processus de cessation au nom des appelantes, a fait paraître un avis en ce sens conformément au paragraphe 143(1) de la Loi. Le 15 mai 2006, SOLRS a indiqué qu'elle était intéressée à faire l'acquisition de ce tronçon de ligne. Conformément au paragraphe 143(2) de la Loi, la date à laquelle les intéressés devaient faire connaître aux appelantes leur intention d'acquérir la ligne était le 30 juin 2006. Selon le paragraphe 144(4) de la Loi, les appelantes devaient conclure une entente avec SOLRS avant le 31 décembre 2006. CN a prolongé la période de négociation jusqu'au 25 janvier 2007, mais les parties n'ont pas réussi à parvenir à une entente. Le 25 janvier, SOLRS a présenté à l'OTC une demande en vue de faire établir la valeur nette de récupération de la ligne et de faire déclarer que les appelantes ne négociaient pas de bonne foi. Le 29 janvier, les appelantes ont offert de vendre la ligne au gouvernement de l'Ontario et à la municipalité de St. Thomas en vertu du paragraphe 145(1) parce qu'aucune entente n'avait été conclue avec SOLRS. Le 30 janvier 2007, les appelantes ont soulevé une objection préliminaire visant la compétence de l'OTC de statuer sur la demande de SOLRS, c'est-à-dire qu'elle a été déposée après l'expiration du délai prévu au paragraphe 144(4) (le 31 décembre 2006). L'OTC a rejeté cette objection et a accordé aux parties une autre période de 10 jours pour qu'elles poursuivent leurs négociations une fois que l'OTC avait déterminé la valeur nette de récupération. Il a aussi maintenu que l'offre que les appelantes avaient faite aux organismes publics était prématurée.

La question à trancher était celle de savoir si le délai de six mois prévu au paragraphe 144(4) de la Loi pour l'achèvement des négociations peut être prolongé par les parties aux négociations ou par l'OTC.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

Le juge Noël, J.C.A. (la juge Desjardins, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : La section V de la Loi confère à la compagnie de chemin de fer le droit d'abandonner l'exploitation d'une ligne de chemin de fer. Le processus se déroule suivant un échéancier précis qui lie la compagnie de chemin de fer. À défaut de la prolongation valide du délai de six mois dont les parties disposaient pour conclure une entente, les appelantes étaient alors tenues d'offrir aux organismes publics visés de leur vendre la ligne à sa valeur nette de récupération, et les organismes publics avaient le droit correspondant d'acquérir la ligne à ce prix. Malgré les termes non équivoques des paragraphes 144(4) et (5) de la Loi, l'OTC avait conclu qu'il pouvait y avoir ambiguïté dans l'application du délai de six mois dans deux situations. L'OTC a soutenu que le droit d'une partie à la négociation de déposer une plainte de mauvaise foi devient théorique si la plainte est présentée tard dans le processus. Cependant, le dépôt d'une plainte de mauvaise foi

give effect to Parliament's intention. So long as a complaint is filed within the six-month period, the Agency is bound to address it and apply the appropriate remedy. The fact that the six-month period may have passed when the CTA makes its finding does not impact its authority to grant these remedies. As to the negotiating party's right to have access to a net salvage value determination in the course of negotiations, the parties will not likely have access to this determination if the application is made toward the end of the six-month period. The CTA must dispose of applications as expeditiously as possible, and in any event within 120 days from the date on which the originating documents are filed. Therefore, the scheme as it exists does allow for the CTA's net salvage determination to play a role during the statutory negotiation period. There was thus no basis for the CTA's conclusion that the two substantive rights it identified would be lost unless implicit authority to extend the six-month period was read into Division V.

Finally, the right of public bodies to acquire the line at its net salvage value if no agreement is reached within the six-month period between negotiating parties eliminates the possibility that the parties or the CTA could extend this period. The CTA exceeded its jurisdiction when it disposed of SOLRS' application which had been filed after the six-month period provided for in subsections 144(4) and 145(1) of the Act. It was without authority to further extend this negotiating period after its net salvage value determination was made and to establish a discontinuance and transfer process according to time lines distinct from those in Division V. CN's offer to the government was not premature since the offer was submitted after the six-month period had expired without an agreement being reached, pursuant to subsection 145(1) of the Act.

Per Blais J.A. (concurring): Because the bad faith application made by SOLRS was not an issue identified when leave to appeal was granted and was abandoned after the net salvage value was determined by the CTA and made known to the parties, it was inappropriate to decide the matter without the benefit of a proper factual background. The argument that an application for bad faith negotiation justifies *per se* a suspension or an extension of the time limit was premature.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, ss. 29(1), 41, 141(3) (as am. by S.C. 2007, c. 19, s. 35), 142(1) (as am. by S.C. 2000, c. 16, s. 6), 143 (as am. by S.C. 2007, c. 19, s. 36), 144 (as am. by S.C. 2000, c. 16, s. 7), 145 (as am. by S.C. 2007, c. 19, s. 39), 146(1) (as am. *idem*, s. 40).

en vertu de l'article 144 suspend le délai de six mois. Il n'y avait donc pas lieu de considérer qu'il existait un droit implicite de prolonger ce délai pour donner effet à la volonté du législateur. Dans la mesure où la plainte est déposée dans le délai de six mois, l'OTC est tenu de l'examiner et d'appliquer la réparation appropriée. Le fait que le délai de six mois soit expiré au moment où ces conclusions sont tirées n'a aucune incidence sur le pouvoir de l'OTC d'accorder ces réparations. Pour ce qui est du droit des parties à la négociation d'obtenir que la valeur nette de récupération soit déterminée au cours des négociations, les parties n'auront vraisemblablement pas droit à cette détermination si la demande en est faite vers la fin du délai de six mois. L'OTC doit rendre sa décision concernant les demandes avec toute la diligence possible et, en tout état de cause, dans les 120 jours de la date de dépôt de l'acte introductif d'instance. Par conséquent, le régime actuel permet effectivement à la détermination de la valeur nette de récupération de jouer un rôle durant la période de négociation prévue par la loi. La conclusion de l'OTC suivant laquelle les deux droits fondamentaux dont il est fait mention seront perdus, à moins que le pouvoir implicite de prolonger le délai ne soit considéré comme faisant partie de la section V, n'avait donc aucun fondement.

Enfin, le droit des organismes publics d'acquérir la ligne à la valeur nette de récupération si aucune entente n'est conclue dans le délai de six mois entre les parties à la négociation élimine la possibilité que ce délai puisse être prolongé par les parties ou l'OTC. Ce dernier a outrepassé sa compétence en statuant sur la demande de SOLRS bien que cette demande ait été déposée après l'expiration du délai de six mois prévu aux paragraphes 144(4) et 145(1) de la Loi. L'OTC n'avait pas le pouvoir de prolonger encore la période de négociation après la détermination de la valeur nette de récupération ni d'établir un processus de cessation et de transfert suivant un échéancier qui divergeait de celui de la section V. L'offre faite par CN au gouvernement n'était pas prématurée puisque l'offre avait été soumise après l'expiration du délai de six mois sans la conclusion d'une entente, tel que le prévoit le paragraphe 145(1) de la Loi.

Le juge Blais, J.C.A. (motifs concourants) : Parce que la plainte de mauvaise foi de SOLRS n'avait pas été soulevée lorsque l'autorisation d'appel a été accordée et a été abandonnée une fois que la valeur nette de récupération a été établie par l'OTC et communiquée aux parties, il ne convenait pas de trancher la question sans disposer d'un contexte factuel approprié. L'argument selon lequel une plainte de négociation de mauvaise foi justifie en soi une suspension ou une prolongation du délai était prématuré.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14).
Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10, art. 29(1), 41, 141(3) (mod. par L.C. 2007 ch. 19, art. 35), 142(1) (mod. par L.C. 2000, ch. 16, art. 6), 143 (mod. par

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Dunsmuir v. New Brunswick, [2008] 1 S.C.R. 190; (2008), 329 N.B.R. (2d) 1; 291 D.L.R. (4th) 577; 69 Admin. L.R. (4th) 1; 64 C.C.E.L. (3d) 1; 372 N.R. 1; 69 Imm. L.R. (3d) 1; 170 L.A.C. (4th) 1; 2008 SCC 9; *Klinko v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 3 F.C. 327; (2000) 184 D.L.R. (4th) 14; 251 N.R. 388 (C.A.).

REFERRED TO:

United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City), [2004] 1 S.C.R. 485; (2004) 346 A.R. 4; 236 D.L.R. (4th) 385; [2004] 7 W.W.R. 603; 26 Alta. L.R. (4th) 1; 12 Admin. L.R. (4th) 1; 46 M.P.L.R. (3d) 1; 50 M.V.R. (4th) 1; 18 R.P.R. (4th) 1; 318 N.R. 170; 2004 SCC 19.

APPEAL from a decision of the Canadian Transportation Agency dismissing the appellants' preliminary objection to the hearing and disposition of an application for a net salvage value determination and a bad faith finding filed by the Southern Ontario Locomotive Restoration Society, pursuant to subsections 144(3.1) and (6) of the *Canada Transportation Act*. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Eric Harvey for appellant Canadian National Railway Company.
M. W. Shannon for appellant Canadian Pacific Railway Company.
Andray Renaud for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Eric Harvey, Montréal, for appellant Canadian National Railway Company.
M. W. Shannon, Montréal, for appellant Canadian Pacific Railway Company.

L.C. 2007, ch. 19, art. 36), 144 (mod. par L.C. 2000, ch. 16, art. 7), 145 (mod. par L.C. 2007, ch. 19, art. 39), 146(1) (mod., *idem*, art. 40).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, [2008] 1 R.C.S. 190; (2008), 329 R.N.-B (2^e) 1; 2008 CSC 9; *Klinko c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 3 C.F. 327 (C.A.).

DÉCISION CITÉE :

United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville), [2004] 1 R.C.S. 485; 2004 CSC 19.

APPEL interjeté à l'encontre de la décision par laquelle l'Office des transports du Canada a rejeté l'objection préliminaire des appelantes, qui s'opposaient à ce que l'Office des transports du Canada entende et tranche la demande présentée par la Southern Ontario Locomotive Restoration Society en vertu des paragraphes 144(3.1) et (6) de la *Loi sur les transports au Canada* relativement à la détermination de la valeur nette de récupération et à la conclusion de mauvaise foi. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

Eric Harvey pour l'appelante, Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.
M. W. Shannon pour l'appelante, Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique.
Andray Renaud pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Eric Harvey, Montréal, pour l'appelante, Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.
M. W. Shannon, Montréal, pour l'appelante, Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

[1] NOËL J.A.: This is an appeal by the Canadian National Railway Company (CN) and the Canadian Pacific Railway Company (CP) (the appellants) from a decision of the Canadian Transportation Agency (the Agency) whereby it dismissed the appellants' preliminary objection to the hearing and disposition of an application filed by the Southern Ontario Locomotive Restoration Society (SOLRS), pursuant to subsections 144(3.1) [as enacted by S.C. 2000, c. 16, s. 7] and (6) [as enacted *idem*] of the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10 (the CTA).

[1] LE JUGE NOËL, J.C.A. : L'appel interjeté par la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (CN) et la Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique (CP) (les appelantes) vise la décision par laquelle l'Office des transports du Canada (l'Office) a rejeté l'objection préliminaire des appelantes qui s'opposaient à ce que l'Office entende et tranche la demande présentée par la Southern Ontario Locomotive Restoration Society (SOLRS) en vertu des paragraphes 144(3.1) [édicte par L.C. 2000, ch. 16, art. 7] et (6) [édicte, *idem*] de la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10 (la LTC).

[2] The issue turns on whether the six-month limitation set out in subsection 144(4) [as am. *idem*] of the CTA for the completion of the negotiations, which a railway company must undertake prior to discontinuing the operation of a railway line, can be extended by the parties to the negotiations or by the Agency. The appellants contend that the limit is strict and that the Agency exceeded its jurisdiction in allowing the application to proceed despite the fact that it was filed after six months had expired.

[2] Le point en litige s'articule autour de la question de savoir si le délai de six mois prévu au paragraphe 144(4) [mod., *idem*] de la LTC pour les négociations qu'une compagnie de chemin de fer doit entreprendre avant de cesser l'exploitation d'une ligne de chemin de fer peut être prolongé par les parties aux négociations ou par l'Office. Les appelantes prétendent que le délai est de rigueur et que l'Office a outrepassé sa compétence en autorisant qu'il soit statué sur la demande malgré le fait qu'elle ait été déposée après l'expiration du délai de six mois.

[3] Before setting out the relevant facts, it is useful to outline the statutory scheme.

[3] Avant d'exposer les faits pertinents, il est utile de passer en revue sommairement le régime prévu par la loi.

STATUTORY SCHEME

RÉGIME PRÉVU PAR LA LOI

[4] Division V of the CTA—sections 140 to 146.1—sets out the statutory process by which a railway company may transfer and discontinue the operation of a railway line (the discontinuance scheme). Subsection 142(1) [as am. by S.C. 2000, c. 16, s. 6] of the CTA makes it clear that Division V is binding on a railway company:

[4] La section V de la LTC — articles 140 à 146.1 — établit le processus suivant lequel une compagnie de chemin de fer peut transférer une ligne de chemin de fer et cesser son exploitation (régime de cessation). Le paragraphe 142(1) [mod. par L.C. 2000, ch. 16, art. 6] de la LTC établit clairement que la section V lie la compagnie de chemin de fer.

142. (1) A railway company shall comply with the steps described in this Division before discontinuing operating a railway line.

142. (1) La compagnie de chemin de fer qui entend cesser d'exploiter une ligne suit les étapes prescrites par la présente section.

[5] Pursuant to the discontinuance scheme, a railway company must first advertise the availability of the railway line or any operating interest that it has in the line which it intends to abandon [s. 143(3) (as am. by S.C. 2007, c. 19, s. 36)]:

143. (1) The railway company shall advertise the availability of the railway line, or any operating interest that the company has in it, for sale, lease or other transfer for continued operation and its intention to discontinue operating the line if it is not transferred.

(2) The advertisement must include a description of the railway line and how it or the operating interest is to be transferred, whether by sale, lease or otherwise, and an outline of the steps that must be taken before the operation of the line may be discontinued, including

(a) a statement that the advertisement is directed to persons interested in buying, leasing or otherwise acquiring the railway line, or the railway company's operating interest in it, for the purpose of continuing railway operations; and

(b) the date by which interested persons must make their interest known in writing to the company, but that date must be at least sixty days after the first publication of the advertisement.

(3) The advertisement must also disclose the existence of any agreement between the railway company and a public passenger service provider in respect of the operation of a passenger rail service on the railway line.

[6] Section 144 of the CTA then sets out the requirements for negotiating the sale, lease or transfer of an interest in a railway line with a third person. In particular subsection 144(3) [as am. by S.C. 2000, c. 16, s. 7] of the CTA requires that the railway company and the interested person negotiate in good faith and subsection 144(4) of the CTA provides that the railway company and an interested person have six months to reach an agreement. The six-month period runs from the final date stated in the railway company's advertisement inviting persons to make their interests known. Pursuant to subsection 144(3.1) of the CTA, a party to a negotiation may ask the Agency to determine the net salvage value of the railway line:

144. (1) The railway company shall disclose the process it intends to follow for receiving and evaluating offers to each interested person who makes their interest known in accordance with the advertisement.

[5] Conformément au régime de cessation, une compagnie de chemin de fer doit d'abord faire savoir que le droit de propriété ou d'exploitation sur la ligne qu'elle entend abandonner peut être transféré [art. 143(3) (mod. par L.C. 2007, ch. 19, art. 36)] :

143. (1) La compagnie fait connaître le fait que le droit de propriété ou d'exploitation sur la ligne peut être transféré en vue de la continuation de l'exploitation et, à défaut de transfert, son intention de cesser l'exploitation.

(2) L'annonce comporte la description de la ligne et les modalités du transfert, notamment par vente ou cession, du droit de propriété ou d'exploitation de celle-ci, et énonce les étapes préalables à la cessation, la mention qu'elle vise quiconque est intéressé à acquérir, notamment par achat ou prise à bail, les droits de propriété ou d'exploitation de la compagnie en vue de poursuivre l'exploitation de la ligne, ainsi que le délai, d'au moins soixante jours suivant sa première publication, donné aux intéressés pour manifester, par écrit, leur intention.

(3) L'annonce doit aussi mentionner toute entente conclue entre la compagnie et une société de transport publique sur l'exploitation d'un service passagers sur une ligne de la compagnie.

[6] L'article 144 de la LTC énonce ensuite les exigences de la négociation du transfert, par vente ou bail, d'un droit sur une ligne de chemin de fer. En particulier, le paragraphe 144(3) [mod. par L.C. 2000, ch. 16, art. 7] de la LTC exige que la compagnie de chemin de fer et l'intéressé négocient de bonne foi et le paragraphe 144(4) de la LTC prévoit que la compagnie de chemin de fer et l'intéressé disposent de six mois pour conclure une entente. Le délai de six mois est calculé à partir de l'expiration du délai prévu par l'annonce invitant les personnes à manifester leur intention. Conformément au paragraphe 144(3.1) de la LTC, une partie à la négociation peut demander que l'Office détermine la valeur nette de récupération de la ligne.

144. (1) La compagnie est tenue de communiquer la procédure d'examen et d'acceptation des offres à l'intéressé qui a manifesté son intention conformément à l'annonce.

(3) The railway company shall negotiate with an interested person in good faith and in accordance with the process it discloses and the interested person shall negotiate with the company in good faith.

(3.1) The Agency may, on application by a party to a negotiation, determine the net salvage value of the railway line and may, if it is of the opinion that the railway company has removed any of the infrastructure associated with the line in order to reduce traffic on the line, deduct from the net salvage value the amount that the Agency determines is the cost of replacing the removed infrastructure. The party who made the application shall reimburse the Agency its costs associated with the application.

(4) The railway company has six months to reach an agreement after the final date stated in the advertisement for persons to make their interest known. [My emphasis.]

[7] Pursuant to subsections 144(6) and (7) [as enacted *idem*] of the CTA, parties may complain to the Agency that the other party is not negotiating in good faith. Where an interested person is found to have negotiated in bad faith, the Agency may free the railway company from its obligation to negotiate. Where the railway company is found to be in bad faith, the Agency may order the conclusion of an agreement on terms which it specifies, including the consideration to be paid:

144. ...

(6) If, on complaint in writing by the interested person, the Agency finds that the railway company is not negotiating in good faith and the Agency considers that a sale, lease or other transfer of the railway line, or the company's operating interest in the line, to the interested person for continued operation would be commercially fair and reasonable to the parties, the Agency may order the railway company to enter into an agreement with the interested person to effect the transfer and with respect to operating arrangements for the interchange of traffic, subject to the terms and conditions, including consideration, specified by the Agency.

(7) If, on complaint in writing by the railway company, the Agency finds that the interested person is not negotiating in good faith, the Agency may order that the railway company is no longer required to negotiate with the person.

[8] If no agreement has been reached with an interested party within six months, then subsection 144(5) [as am. *idem*] of the CTA provides that the railway company may choose to continue operating the line. Alternatively, subsection 145(1) [as am. by S.C.

(3) Elle est tenue de négocier de bonne foi avec l'intéressé conformément à cette procédure et ce dernier est tenu de négocier de bonne foi avec elle.

(3.1) L'Office peut, à la demande d'une partie à la négociation, déterminer la valeur nette de récupération de la ligne et, s'il est d'avis que la compagnie de chemin de fer a retiré une partie de l'infrastructure se rapportant à la ligne en vue de réduire le trafic, déduire de cette valeur la somme qu'il estime équivalente au coût de remplacement de l'infrastructure retirée. Le demandeur est tenu de rembourser à l'Office les frais afférents à la demande.

(4) La compagnie dispose, pour conclure une entente, d'un délai de six mois à compter de l'expiration du délai prévu par l'annonce. [Non souligné dans l'original.]

[7] En vertu des paragraphes 144(6) et (7) [édicte, *idem*] de la LTC, une partie peut saisir l'Office d'une plainte si l'autre partie ne négocie pas de bonne foi. S'il conclut que l'intéressé n'a pas négocié de bonne foi, l'Office peut libérer la compagnie de chemin de fer de son obligation de négocier. S'il conclut que la compagnie de chemin de fer ne négocie pas de bonne foi, l'Office peut ordonner la conclusion d'une entente suivant les modalités qu'il précise, notamment le paiement d'une contrepartie.

144. [...]

(6) Saisi d'une plainte écrite formulée par l'intéressé, l'Office peut, s'il conclut que la compagnie ne négocie pas de bonne foi et que le transfert à l'intéressé, notamment par vente ou bail, des droits de propriété ou d'exploitation sur la ligne en vue de la continuation de son exploitation serait commercialement équitable et raisonnable pour les parties, ordonner à la compagnie de conclure avec l'intéressé une entente pour effectuer ce transfert et prévoyant les modalités d'exploitation relativement à l'interconnexion du trafic, selon les modalités qu'il précise, notamment la remise d'une contrepartie.

(7) Saisi d'une plainte écrite formulée par la compagnie, l'Office peut décider que la compagnie n'est plus tenue de négocier avec l'intéressé s'il conclut que celui-ci ne négocie pas de bonne foi.

[8] À défaut d'entente avec la partie intéressée dans le délai de six mois, le paragraphe 144(5) [mod., *idem*] de la LTC prévoit que la compagnie de chemin de fer peut choisir de continuer d'exploiter la ligne. Sinon, en vertu du paragraphe 145(1) [mod. par L.C. 2007, ch. 19, art.

2007, c. 19, s. 39] of the CTA requires the railway company to make an offer to governments and urban transit authorities on whose territory the line is located to sell the line for its net salvage value:

144. ...

(5) If an agreement is not reached within the six months, the railway company may decide to continue operating the railway line, in which case it is not required to comply with section 145, but shall amend its plan to reflect its decision.

...

145. (1) The railway company shall offer to transfer all of its interest in the railway line to the governments and urban transit authorities mentioned in this section for not more than its net salvage value to be used for any purpose if

(a) no person makes their interest known to the railway company, or no agreement with an interested person is reached, within the required time; or

(b) an agreement is reached within the required time, but the transfer is not completed in accordance with the agreement. [My emphasis.]

[9] Subsections 145(2) [as am. *idem*] and (3) [as am. *idem*] of the CTA then provide for the sequence of events in the case where such offers to governments are made. Of significance for our purposes is the fact that the obligation to offer the line to governments comes into existence (i.e., “arises” in the English text) when the relevant conditions are met by the operation of the law. I also note the strict time limits—30 and 60 days depending on the level of government—within which these offers may be accepted (subsection 145(3)) of the CTA:

145. ...

(2) After the requirement to make the offer arises, the railway company shall send it simultaneously

(a) to the Minister if the railway line passes through

- (i) more than one province or outside Canada,
- (ii) land that is or was a reserve, as defined in subsection 2(1) of the *Indian Act*,
- (iii) land that is the subject of an agreement entered into by the railway company and the Minister for the settlement of aboriginal land claims, or
- (iv) a metropolitan area;

39] de la LTC, la compagnie de chemin de fer est tenue d’offrir aux gouvernements, administrations de transport de banlieue et administrations municipales dont la ligne franchit le territoire de leur vendre la ligne à la valeur nette de récupération.

144. [...]

(5) À défaut d’entente dans les six mois, elle peut décider de poursuivre l’exploitation de la ligne, auquel cas elle n’est pas tenue de se conformer à l’article 145, mais doit modifier son plan en conséquence.

[...]

145. (1) La compagnie de chemin de fer est tenue d’offrir aux gouvernements, administrations de transport de banlieue et administrations municipales de leur transférer tous ses intérêts à leur valeur nette de récupération ou moins si personne ne manifeste d’intérêt ou aucune entente n’est conclue dans le délai prescrit, ou si le transfert n’est pas effectué conformément à l’entente. [Non souligné dans l’original.]

[9] Les paragraphes 145(2) [mod., *idem*] et (3) [mod., *idem*] de la LTC établissent ensuite la séquence des événements dans le cas où de pareilles offres sont faites à des gouvernements. Le fait que l’obligation d’offrir la ligne aux gouvernements prenne naissance (le terme « *arises* » est employé en anglais) lorsqu’il est satisfait aux conditions visées par l’application de la loi revêt beaucoup d’importance en l’espèce. Je souligne également les délais de rigueur—30 et 60 jours selon le palier de gouvernement—à l’intérieur desquels ces offres peuvent être acceptées (paragraphe 145(3) de la LTC) :

145. [...]

(2) L’offre est faite simultanément :

a) au ministre si la ligne franchit, selon le cas :

- (i) les limites d’une province ou les frontières du Canada,
- (ii) une réserve ou une terre ayant déjà été une réserve au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Indiens*,
- (iii) une terre faisant l’objet d’un accord, entre la compagnie de chemin de fer et le ministre, ayant pour but le règlement de revendications territoriales autochtones,
- (iv) une région métropolitaine;

(b) to the minister responsible for transportation matters in the government of each province through which the railway line passes;

(c) to the chairperson of every urban transit authority through whose territory the railway line passes; and

(d) to the clerk or other senior administrative officer of every municipal or district government through whose territory the railway line passes.

(3) Subject to subsection 146.3(3), after the offer is received

(a) by the Minister, the Government of Canada may accept it within thirty days;

(b) by a provincial minister, the government of the province may accept it within thirty days, unless the offer is received by the Minister, in which case the government of each province may accept it within an additional thirty days after the end of the period mentioned in paragraph (a) if it is not accepted under that paragraph;

(b.1) by an urban transit authority, it may accept it within an additional 30 days after the end of the period or periods for acceptance under paragraphs (a) and (b), if it is not accepted under those paragraphs; and

(c) by a municipal or district government, it may accept it within an additional 30 days after the end of the period or periods for acceptance under paragraphs (a), (b) and (b.1), if it is not accepted under those paragraphs.

[10] Finally, under section 146 [as am. by S.C. 2007, c. 19, s. 40] of the CTA, if the prescribed process has been complied with, but no agreement has been reached at any stage, the railway company may discontinue operating the line on providing notice thereof to the Agency:

146. (1) If a railway company has complied with the process set out in sections 143 to 145, but an agreement for the sale, lease or other transfer of the railway line or an interest in it is not entered into through that process, the railway company may discontinue operating the line on providing notice of the discontinuance to the Agency. After providing the notice, the railway company has no obligations under this Act in respect of the operation of the railway line and has no obligations with respect to any operations by any public passenger service provider over the railway line.

b) au ministre chargé des transports dans toute province dont la ligne franchit le territoire;

c) au président de toute administration de transport de banlieue dont la ligne franchit le territoire;

d) au greffier ou à un premier dirigeant de toute administration municipale dont la ligne franchit le territoire.

(3) Sous réserve du paragraphe 146.3(3), les destinataires de l'offre disposent, après sa réception, des délais suivants pour l'accepter :

a) trente jours pour le gouvernement fédéral;

b) trente jours pour le gouvernement provincial, mais si le gouvernement fédéral n'accepte pas l'offre qui lui est d'abord faite, chaque gouvernement provincial visé dispose de trente jours supplémentaires une fois expiré le délai mentionné à l'alinéa a);

b.1) trente jours pour chaque administration de transport de banlieue, une fois expirés les délais mentionnés aux alinéas a) et b);

c) trente jours pour chaque administration municipale, une fois expirés les délais mentionnés aux alinéas a), b) et b.1).

[10] Finalement, en vertu de l'article 146 [mod. par L.C. 2007, ch. 19, art. 40] de la LTC, si le processus prescrit a été respecté mais qu'aucune entente n'a été conclue, la compagnie de chemin de fer peut cesser d'exploiter la ligne en avisant l'Office.

146. (1) Lorsqu'elle s'est conformée au processus établi en vertu des articles 143 à 145, sans qu'une convention de transfert n'en résulte, la compagnie de chemin de fer peut mettre fin à l'exploitation de la ligne pourvu qu'elle en avise l'Office. Par la suite, elle n'a aucune obligation, en vertu de la présente loi, relativement à l'exploitation de la ligne ou à son utilisation par toute société de transport publique.

RELEVANT FACTS

[11] On April 29, 2005, the appellants indicated their intention to discontinue the operation of a section of a railway line in the City of St. Thomas, Province of Ontario—the CASO [Canada Southern Railway] subdivision from mile 113.64 to 117.49 (the CASO subdivision)—which they co-own. CN assumed in its name and that of CP the sole conduct of the discontinuance process.

[12] On May 1, 2006, CN published a notice in the *Globe and Mail* newspaper, pursuant to subsection 143(1) of the CTA, stating the appellants' intent to sell their ownership and/or their operating interest in the CASO subdivision for continued operation. On May 15, 2006, SOLRS notified the appellants that it was interested in acquiring ownership in the advertised section of the railway line for purposes of operating the line in the course of its tourist train operation.

[13] In accordance with subsection 143(2) of the CTA, the date by which interested persons had to make their interest in acquiring the line known to the appellants was June 30, 2006 (60 days after publication of the notice). It follows that by virtue of subsection 144(4) of the CTA, the appellants had to reach an agreement with SOLRS by December 31, 2006 (six months after June 30, 2006).

[14] Following several months of negotiation, on October 23, 2006, SOLRS delivered an "Offer to Purchase" the CASO subdivision, which the appellants did not accept. SOLRS offered to pay \$100,000 and invited the appellants to claim the balance of the value of the line as a charitable donation. The offer was rejected as the appellants estimated the value of the line to be \$2,100,000, a value which was later confirmed by the Agency's net salvage value determination.

[15] As the December 31, 2006 deadline approached without any agreement having been reached, CN agreed to continue discussions with SOLRS until January 25, 2007. However, the parties were unable to come to an agreement within this extended period.

FAITS PERTINENTS

[11] Le 29 avril 2005, les appelantes ont fait connaître leur intention de cesser d'exploiter un tronçon de ligne de chemin de fer situé dans la ville de St. Thomas, dans la province de l'Ontario — la subdivision CASO [Canada Southern Railway] entre les points miliars 113,64 et 117,49 (la subdivision CASO) — dont elles sont les copropriétaires. CN assurait à elle seule, en son nom et au nom de CP, la conduite du processus de cessation.

[12] Le 1^{er} mai 2006, CN a fait paraître un avis dans le *Globe and Mail*, conformément au paragraphe 143(1) de la LTC, pour faire connaître l'intention des appelantes de transférer leurs droits de propriété ou d'exploitation sur la subdivision CASO en vue de la continuation de l'exploitation. Le 15 mai 2006, SOLRS a avisé les appelantes qu'elle était intéressée à faire l'acquisition du tronçon de la ligne de chemin de fer en question en vue de l'exploiter dans les activités de son train touristique.

[13] Conformément au paragraphe 143(2) de la LTC, la date à laquelle les intéressés devaient faire connaître aux appelantes leur intention d'acquérir la ligne était le 30 juin 2006 (60 jours après la publication de l'avis). Il s'ensuit que, en application du paragraphe 144(4) de la LTC, les appelantes devaient conclure une entente avec SOLRS avant le 31 décembre 2006 (six mois après le 30 juin 2006).

[14] Après plusieurs mois de négociation, le 23 octobre 2006, SOLRS a présenté une offre d'achat de la subdivision CASO, mais elle n'a pas été acceptée par les appelantes. SOLRS proposait de payer 100 000 \$ et invitait les appelantes à déduire le reste de la valeur de la ligne au titre des dons de charité. Les appelantes ont rejeté l'offre parce qu'elles évaluaient la valeur de la ligne à 2 100 000 \$, une valeur qui a été confirmée plus tard par l'Office lorsqu'il a déterminé la valeur nette de récupération.

[15] Compte tenu du fait que la date butoir du 31 décembre 2006 approchait et qu'aucune entente n'avait été conclue, CN a accepté de poursuivre les discussions avec SOLRS jusqu'au 25 janvier 2007. Toutefois, les parties n'ont pas réussi à parvenir à une entente durant la prolongation.

[16] On January 25, 2007 (i.e., the last day on which an agreement could be reached based on the extension), SOLRS made an application before the Agency requesting a determination of the net salvage value of the line as well as a declaration by the Agency that the appellants were not negotiating in good faith. By a separate letter bearing the same date, SOLRS advised the Agency that “the six month period referred to in section 144 of the CTA expired today” (appeal book, at page 12).

[17] On January 29, 2007, as no agreement transferring the line to SOLRS had been reached, the appellants made an offer to the Government of Ontario and the Municipality of St. Thomas (the public bodies) pursuant to subsection 145(1) to sell the line for an amount “not to exceed” its net salvage value (appeal book, at pages 18, 21).

[18] By letter dated January 30, 2007, the appellants asked the Agency not to address SOLRS’ application before considering a preliminary objection going to jurisdiction. Specifically, the appellants argued that the Agency lacked jurisdiction to consider SOLRS’ application since it was filed after December 31, 2006, that is after the statutory period set out in subsection 144(4) of the CTA had expired. The next day (i.e., January 31, 2007), SOLRS filed an objection to what it described as the appellants “premature service” of the offer to sell the line to the public bodies for its net salvage value.

[19] Written submissions were filed by the parties at the invitation of the Agency and on March 30, 2007, the Agency ruled on the preliminary objection. It held that it had the authority to deal with SOLRS’ application despite the fact that it was made after the six-month period had expired. The Agency indicated that it would make its net salvage value determination within 120 days and that the aspect of SOLRS’ application relating to bad faith would be kept in abeyance pending this determination.

[16] Le 25 janvier 2007 (soit le dernier jour où une entente pouvait être conclue dans le délai de prolongation), SOLRS a présenté à l’Office une demande en vue de faire établir la valeur nette de récupération de la ligne et de faire déclarer que les appelantes ne négociaient pas de bonne foi. Dans une lettre séparée portant la même date, SOLRS a informé l’Office que [TRADUCTION] « le délai de six mois prévu à l’article 144 de la LTC expirait aujourd’hui » (dossier d’appel, à la page 12).

[17] Le 29 janvier 2007, comme aucune entente transférant la ligne à SOLRS n’avait été conclue, les appelantes ont présenté au gouvernement de l’Ontario et à la municipalité de St. Thomas (les organismes publics), en vertu du paragraphe 145(1), une offre en vue de la vente de la ligne pour un montant [TRADUCTION] « ne devant pas dépasser » la valeur nette de récupération (dossier d’appel, aux pages 18 et 21).

[18] Dans une lettre datée du 30 janvier 2007, les appelantes ont demandé à l’Office de ne pas statuer sur la demande de SOLRS avant d’avoir examiné l’objection préliminaire visant sa compétence. Plus particulièrement, les appelantes ont allégué que l’Office n’avait pas compétence pour examiner la demande de SOLRS puisqu’elle avait été déposée après le 31 décembre 2006, soit après l’expiration du délai prévu au paragraphe 144(4) de la LTC. Le jour suivant (soit le 31 janvier 2007), SOLRS a présenté une objection à ce qu’elle a décrit comme étant une [TRADUCTION] « signification prématurée » de l’offre en vue de vendre la ligne aux organismes publics pour la valeur nette de récupération.

[19] Les parties ont présenté des observations écrites comme l’Office les avait invitées à le faire et, le 30 mars 2007, l’Office a statué sur l’objection préliminaire. Il a décidé qu’il avait compétence pour statuer sur la demande de SOLRS, même si elle avait été présentée après l’expiration du délai de six mois. L’Office a fait savoir qu’il procéderait à la détermination de la valeur nette de récupération dans un délai de 120 jours et que la plainte relative à la mauvaise foi soulevée dans la demande présentée par SOLRS resterait en suspens dans l’attente de cette détermination.

[20] On June 6, 2007, the appellants were granted leave to appeal this decision under section 41 of the CTA on the following questions:

i. whether the Agency exceeded its jurisdiction or erred in law when it determined that SOLRS' application under section 144 of the CTA could be filed after the expiration of the six-month period provided for in subsections 144(4) and 145(1) of the CTA (i.e., after December 31, 2006);

ii. whether the Agency exceeded its jurisdiction or erred in law when it extended the period for negotiations past the time stipulated in the CTA, and directed that the parties would have a further period of 10 business days after the Agency had determined the net salvage value of the line to continue the discussions;

iii. whether the Agency exceeded its jurisdiction or erred in law when it found that the issuance of the January 29, 2007 offer to public authorities, made by the appellants following the expiration of both the statutory deadline and the extended discussion period was premature;

iv. whether the Agency exceeded its jurisdiction or erred in law when it established a discontinuance and transfer process that is distinct from the one set out under the CTA.

[21] On July 27, 2007, the Agency determined that the net salvage value of the line was \$1 959 951. The Agency never got to deal with the allegation of bad faith as that aspect of SOLRS' application was withdrawn by letter dated September 17, 2007.

DECISION OF THE AGENCY

[22] The Agency notes that ambiguity can arise in its application of subsection 144(4) of the CTA. Specifically, the parties to a negotiation have the right to have the net salvage value of the line determined in the course of the negotiations. The parties are also entitled to remedies in the event that the other party exhibits bad

[20] Le 6 juin 2007, les appelantes ont obtenu l'autorisation d'en appeler en vertu de l'article 41 de la LTC sur les points suivants :

[TRADUCTION]

i. La question de savoir si l'Office a outrepassé sa compétence ou commis une erreur de droit en décidant que la demande de SOLRS fondée sur l'article 144 de la LTC pouvait être présentée après l'expiration du délai de six mois prévu aux paragraphes 144(4) et 145(1) de la LTC (c.-à-d. après le 31 décembre 2006);

ii. La question de savoir si l'Office a outrepassé sa compétence ou commis une erreur de droit en prolongeant la période des négociations au delà du délai prévu dans la LTC et en ordonnant que les parties disposeraient d'une autre période de dix jours ouvrables une fois la valeur nette de récupération de la ligne déterminée pour poursuivre les discussions;

iii. La question de savoir si l'Office a outrepassé sa compétence ou commis une erreur de droit en concluant que l'offre présentée aux autorités publiques le 29 janvier 2007, après l'expiration du délai prévu par la loi et la période de prolongation des discussions, était prématurée;

iv. La question de savoir si l'Office a outrepassé sa compétence ou commis une erreur en établissant un processus de cessation et de transfert distinct de celui prévu par la LTC.

[21] Le 27 juillet 2007, l'Office a déterminé que la valeur nette de récupération de la ligne se chiffrait à 1 959 951 \$. Il n'a pas eu à se pencher sur l'allégation de mauvaise foi puisque cet élément de la demande de SOLRS a été écarté dans une lettre datée du 17 septembre 2007.

LA DÉCISION DE L'OFFICE

[22] L'Office souligne que l'application du paragraphe 144(4) de la LTC peut être ambiguë. Plus particulièrement, les parties à une négociation ont le droit de faire déterminer la valeur nette de récupération de la ligne au cours des négociations. Les parties ont également le droit à des réparations si l'autre partie

faith. According to the Agency, unless provision is made for extending the six-month period within which an agreement must be reached, these remedies risk becoming moot and ineffective (reasons, at page 2, last full paragraph and at page 3, 1st full paragraph).

[23] The Agency finds that the six-month period can be extended for a reasonable time on consent. The Agency refers to the need to balance the railway's interests to shed their uneconomic railway lines within reasonable commercial time frames with those of potential purchasers, including governments (reasons, at page 3, 3rd full paragraph). The Agency rejects the appellants' proposition of two negotiating periods—the first period being the first six months during which a variety of remedies under the CTA apply and the second period representing the period covered by the time extension that the parties consented to, where no statutory rights exist because section 144 of the CTA does not apply—as incongruous (reasons, at page 3, 3rd full paragraph).

[24] Consequently, the Agency dismisses the appellants' objection to entertaining the application because it was filed after the six-month statutory period and grants the parties a further period “at least of 10 business days” to continue their negotiations after the Agency's eventual determination of the net salvage value (reasons, at page 3, last paragraph). In view of the extension, it also holds that the appellants' offer to public bodies, pursuant to section 145 of the CTA, is premature.

POSITION OF THE PARTIES

[25] The appellants rely on the recent decision of the Supreme Court in *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*) to support their view as to the applicable standard of review. They emphasize the clearly jurisdictional nature of the issues raised on appeal and invite the Court to apply a standard of correctness. The Agency for its part takes the position that it has

négocié de mauvaise foi. Selon l'Office, à moins que des mesures ne soient prises pour prolonger le délai de six mois à l'intérieur duquel une entente doit être conclue, ces réparations risquent de devenir théoriques et sans effet (motifs, à la page 2, dernier paragraphe complet, et à la page 3, premier paragraphe complet).

[23] L'Office croit que le délai de six mois peut être prolongé pendant une période de temps raisonnable sur consentement des parties. Il évoque la nécessité de mettre en balance les intérêts des compagnies de chemin de fer qui veulent se départir de leurs lignes non rentables dans un intervalle de temps raisonnable au plan commercial et ceux des acheteurs éventuels, dont les gouvernements (motifs, à la page 3, troisième paragraphe complet). L'Office rejette la proposition des deux périodes de négociation—la première étant le premier six mois au cours duquel diverses réparations prévues par la LTC sont applicables et la seconde représentant la période couverte par la prolongation du délai à laquelle les parties ont consenti et à l'égard de laquelle la loi ne prévoit aucun droit parce que l'article 144 de la LTC ne s'applique pas—qu'il juge incongrue (motifs, à la page 3, troisième paragraphe complet).

[24] Par conséquent, l'Office rejette l'objection des appelantes qui s'opposaient à ce que la demande soit entendue parce qu'elle avait été présentée après l'expiration du délai de six mois prévu par la loi et accorde aux parties une autre période [TRADUCTION] « d'au moins dix jours ouvrables » pour qu'elles poursuivent leurs négociations une fois que l'Office aura déterminé la valeur nette de récupération (motifs, à la page 3, dernier paragraphe). Considérant la prolongation, il maintient également que l'offre faite aux organismes publics par les appelantes, en vertu de l'article 145 de la LTC, est prématurée.

POSITION DES PARTIES

[25] Les appelantes invoquent la récente décision de la Cour suprême dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), à l'appui de leur position sur la norme de contrôle applicable. Elles font ressortir la nature nettement juridictionnelle des questions soulevées en appel et invitent la Cour à appliquer la norme de la décision correcte. L'Office,

particular expertise that is of use in assessing these issues and urges the Court to assess the propriety of its decision on a standard of reasonableness.

[26] Turning to the appeal itself, the appellants submit, applying a standard of correctness, that the Agency did not have the jurisdiction to entertain the applications filed by SOLRS. Subsection 144(4), when read in context, makes it clear that the Agency's role is exhausted upon the expiration of the six-month period (appellants' memorandum, at paragraphs 56, 57).

[27] While an interested person and a railway company may agree to negotiate beyond that period (appellants' memorandum, at paragraphs 64-67; 103 and 104), the time limits imposed under sections 140 to 146 of the CTA must be respected in order for those provisions to apply. During the six-month period, the parties may file a complaint of bad faith or file an application to determine the net salvage value of the line. Upon the expiry of that six-month period, if no agreement is reached, the railway company must either resume operation of the line or offer it to the relevant public bodies for sale (appellants' memorandum, at paragraphs 64-66). The appellants submit that these are mandatory provisions and that they reflect Parliament's intention that the discontinuance and transfer process be expeditious (appellants' memorandum, at paragraphs 60-62).

[28] For its part, the Agency submits that a strict interpretation of the time limit under subsection 144(4) would frustrate the purpose of the legislation, which is, in part, "to promote the takeover of lines by new owners or operators" (clause-by-clause analysis of Bill C-14 [S.C. 1996, c. 10]) and would unduly impact ongoing negotiations to the detriment of both parties (respondent's memorandum, at paragraph 40). Contrary to the appellants' submissions, the Agency argues that Parliament's intent was not to sanction by mandatory foreclosure the failure to reach an agreement within the stipulated deadline. The Agency submits that there will be cases where, even with diligence, the railway and interested party, as here, will need more than six months

pour sa part, est d'avis qu'il possède l'expertise particulière nécessaire à l'analyse de ces questions et prie la Cour avec insistance d'apprécier le bien-fondé de sa décision suivant la norme de la décision raisonnable.

[26] En ce qui a trait à l'appel lui-même, les appelantes soutiennent, suivant l'application de la norme de la décision correcte, que l'Office n'avait pas compétence pour statuer sur les demandes présentées par SOLRS. Le paragraphe 144(4), interprété en contexte, établit clairement que le rôle de l'Office prend fin à l'expiration du délai de six mois (mémoire des appelantes, aux paragraphes 56 et 57).

[27] Un intéressé et une compagnie de chemin de fer peuvent convenir de poursuivre les négociations après cette période (mémoire des appelantes, aux paragraphes 64 à 67; 103 et 104), mais les délais imposés aux articles 140 à 146 de la LTC doivent être respectés pour que ces dispositions s'appliquent. Au cours du délai de six mois, les parties peuvent déposer une plainte en cas de mauvaise foi de l'autre partie ou présenter une demande en vue de faire déterminer la valeur nette de récupération de la ligne. À l'expiration de ce délai de six mois, si aucune entente n'est conclue, la compagnie de chemin de fer doit soit reprendre l'exploitation de la ligne ou l'offrir aux organismes publics visés en vue de la vendre (mémoire des appelantes, aux paragraphes 64 à 66). Les appelantes soutiennent que ces dispositions sont obligatoires et qu'elles reflètent l'intention du législateur de faire en sorte que le processus de cessation et de transfert des lignes se déroule de manière diligente (mémoire des appelantes, aux paragraphes 60 à 62).

[28] Pour sa part, l'Office soutient qu'une interprétation stricte du délai prévu au paragraphe 144(4) irait à l'encontre de l'objet de la loi, qui consiste notamment [TRADUCTION] « à encourager l'acquisition de lignes par de nouveaux propriétaires ou exploitants » (analyse clause par clause du projet de loi C-14 [L.C. 1996, ch. 10]) et nuirait indûment aux négociations en cours au détriment des deux parties (mémoire de l'intimé, au paragraphe 40). Contrairement aux observations formulées par les appelantes, l'Office allègue que le législateur ne voulait pas sanctionner par foreclosure obligatoire le défaut des parties d'en arriver à une entente dans le délai prévu. L'Office soutient que, dans certains cas, la compagnie de chemin de fer et

to reach an agreement (respondent's memorandum, at paragraph 42).

[29] The Agency repeats that a strict reading of the six-month period would, on the facts of this case, take away any impact which the remedies that it can grant might have on the negotiations (respondent's memorandum, at paragraphs 48-50). Finally, the Agency submits that there is no limitation on when an application for a determination of net salvage value can be made under subsection 144(3.1) of the CTA (respondent's memorandum, at paragraph 51).

ANALYSIS AND DECISION

Standard of review

[30] The Supreme Court in *Dunsmuir* has simplified the approach in determining the appropriate standard of review by reducing these to two: correctness and reasonableness. Without attenuating a reviewing Court's duty to identify and apply the appropriate standard, the Supreme Court also provided means of facilitating its identification. Amongst other things, the Court said (*Dunsmuir*, at paragraph 59):

Administrative bodies must also be correct in their determinations of true questions of jurisdiction or *vires*. We mention true questions of *vires* to distance ourselves from the extended definitions adopted before *CUPE*. It is important here to take a robust view of jurisdiction. We neither wish nor intend to return to the jurisdiction/preliminary question doctrine that plagued the jurisprudence in this area for many years. “Jurisdiction” is intended in the narrow sense of whether or not the tribunal had the authority to make the inquiry. In other words, true jurisdiction questions arise where the tribunal must explicitly determine whether its statutory grant of power gives it the authority to decide a particular matter. The tribunal must interpret the grant of authority correctly or its action will be found to be *ultra vires* or to constitute a wrongful decline of jurisdiction. D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf ed.), at pp. 14-3 to 14-6. An example may be found in *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, [2004] 1 S.C.R. 485, 2004 SCC 19. [My emphasis.]

l'intéressé, même en procédant avec diligence, comme en l'espèce, auront besoin d'un délai plus long que six mois pour en arriver à une entente (mémoire de l'intimé, au paragraphe 42).

[29] L'Office réitère qu'une interprétation stricte du délai de six mois diminuerait, compte tenu des faits en l'espèce, l'incidence que les réparations susceptibles d'être accordées pourraient avoir sur les négociations (mémoire de l'intimé, aux paragraphes 48 à 50). Finalement, l'Office fait valoir qu'il n'existe aucun délai pour présenter une demande en vue de faire déterminer la valeur nette de récupération en vertu du paragraphe 144(3.1) de la LTC (mémoire de l'intimé, au paragraphe 51).

ANALYSE ET DÉCISION

Norme de contrôle

[30] La Cour suprême du Canada, dans *Dunsmuir*, a simplifié la démarche employée pour déterminer la norme de contrôle applicable en réduisant à deux les normes possibles : la décision correcte et la décision raisonnable. Sans réduire l'obligation d'une cour de révision de déterminer et d'appliquer la norme appropriée, la Cour suprême a également prescrit des moyens en vue de faciliter sa détermination. La Cour a notamment déclaré ce qui suit (*Dunsmuir*, au paragraphe 59) :

Un organisme administratif doit également statuer correctement sur une question touchant véritablement à la compétence ou à la constitutionnalité. Nous mentionnons la question touchant véritablement à la constitutionnalité afin de nous distancier des définitions larges retenues avant l'arrêt *SCFP*. Il importe en l'espèce de considérer la compétence avec rigueur. Loin de nous l'idée de revenir à la théorie de la compétence ou de la condition préalable qui, dans ce domaine, a pesé sur la jurisprudence pendant de nombreuses années. La « compétence » s'entend au sens strict de la faculté du tribunal administratif de connaître de la question. Autrement dit, une véritable question de compétence se pose lorsque le tribunal administratif doit déterminer expressément si les pouvoirs dont le législateur l'a investi l'autorisent à trancher une question. L'interprétation de ces pouvoirs doit être juste, sinon les actes seront tenus pour *ultra vires* ou assimilés à un refus injustifié d'exercer sa compétence : D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), p. 14-3 et 14-6. L'affaire *United Taxi Drivers'*

[31] In my respectful view the first, second and fourth question raised by the appellants in this appeal (see paragraph 20) are true questions of jurisdiction or *vires*. The issue underlying each of these questions is whether the Agency could hear and dispose of SOLRS' application given that the six-month period provided for in subsection 144(4) of the CTA had expired when the application was filed. As the reasons make clear, the Agency had to first determine whether Division V gave it authority to rule on SOLRS' application. The Agency found that there was an implicit grant of authority to extend the six-month period under Division V and assumed jurisdiction over SOLRS' application on this basis. To the extent that Division V does not allow for an extension, as the appellants contend, the Agency exceeded its jurisdiction in disposing of SOLRS' application and the remedies provided are *ultra vires*. It follows that the Agency had to be correct in concluding that there was an implicit grant of authority to extend the time under Division V (compare *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, [2004] 1 S.C.R. 485, at paragraph 5). I therefore propose to review questions one, two and four according to a standard of correctness. Question 3, if looked upon on its own, is not jurisdictional in the narrow sense. However, there is no need to assess the standard applicable to this question as its disposition is wholly dependent on the other three.

[32] Turning to the substantive issue, Division V provides a railway company, which follows the prescribed process, the right to abandon the operation of a railway line. This process takes place in accordance with a precise time line.

[33] The steps which must take place within this time line are geared towards achieving the continued operation of the line through alternative means. The preferred option is for the railway company to identify

Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville), [2004] 1 R.C.S. 485, 2004 CSC 19 constitue un bon exemple. [Non souligné dans l'original.]

[31] À mon humble avis, les première, deuxième et quatrième questions soulevées par les appelantes dans le présent appel (voir le paragraphe 20) sont des questions touchant véritablement à la compétence ou à la constitutionnalité. Le point en litige sous-jacent à chacune de ces questions est de savoir si l'Office pouvait entendre et trancher la demande de SOLRS compte tenu du fait que le délai de six mois prévu au paragraphe 144(4) de la LTC était expiré au moment où la demande a été déposée. Tel qu'il ressort clairement des motifs, l'Office devait d'abord déterminer si la section V l'investissait du pouvoir de statuer sur la demande de SOLRS. L'Office a conclu qu'il était implicitement investi du pouvoir de prolonger le délai de six mois en vertu de la section V et il a considéré qu'il avait compétence pour examiner la demande de SOLRS sur ce fondement. Dans la mesure où la section V n'autorise pas la prolongation, comme les appelantes le soutiennent, l'Office a outrepassé sa compétence en statuant sur la demande de SOLRS et les réparations prévues sont *ultra vires*. Il s'ensuit que l'Office devait rendre une décision correcte en concluant qu'il était implicitement investi du pouvoir de prolonger le délai en vertu de la section V (comparer avec *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, [2004] 1 R.C.S. 485, au paragraphe 5). Je propose donc de faire l'examen de la première, de la deuxième et de la quatrième question selon la norme de la décision correcte. La troisième question, considérée isolément, n'est pas une question de compétence au sens strict. Toutefois, il n'est pas nécessaire de déterminer la norme applicable à cette question puisque le résultat de son examen dépend entièrement des trois autres.

[32] La Cour se penche maintenant sur la question de fond. La section V confère à la compagnie de chemin de fer, qui respecte le processus prescrit, le droit d'abandonner l'exploitation d'une ligne de chemin de fer. Ce processus se déroule suivant un échéancier précis.

[33] Les étapes qui doivent être franchies dans cet échéancier visent la poursuite de l'exploitation de la ligne par d'autres moyens. L'option privilégiée consiste pour la compagnie de chemin de fer à cibler elle-même

on its own a purchaser who will continue the operation of the line (subsection 141(3) [as am. by S.C. 2007, c. 19, s. 35]). Failing this, the railway must seek out interested buyers who wish to continue operating the line by way of a public notice and engage in negotiations for the sale of the line to that person.

[34] These negotiations are not open-ended. Once a person has expressed an interest, subsection 144(4) of the CTA provides that the railway company has six months to reach an agreement with the interested person. This period runs from the last day on which the interested person had to make its interest known according to the public notice.

[35] The Agency can impact on those negotiations in two ways. First, the negotiating parties may ask the Agency to determine the net salvage value of the railway line (subsection 144(3.1)). Second, either party to a negotiation may complain to the Agency that the other party is not negotiating in good faith.

[36] Although a net salvage value determination can assist in the negotiations, it is not binding on the parties. A finding of bad faith however gives rise to binding remedies. Where a finding of bad faith is made against the interested person, the Agency may relieve the railway company from its obligation to negotiate (subsection 144(7)). Where the railway company is found to be at fault, the Agency may order the conclusion of an agreement on its own terms and set the price at which the line will be sold (subsection 144(6)).

[37] Absent any such intervention, subsection 145(1) of the CTA provides that “if ... no agreement with an interested person is reached, within the required time” (“*si [...] aucune entente n’est conclue dans le délai prescrit*”), the railway company must (i.e., “shall”) offer the line for sale to the governments and relevant transit authorities for no more than its net salvage value (subsection 145(1) of the CTA). Alternatively, the railway company may decide at that juncture to continue to operate the line, a decision which if taken, effectively brings the process governed by Division V to an end (subsection 144(5)).

un acheteur qui continuera d’exploiter la ligne (paragraphe 141(3) [mod. par L.C. 2007, ch. 19, art. 35]). Sinon, elle doit rechercher au moyen d’avis publics des acheteurs intéressés qui veulent continuer d’exploiter la ligne et s’engager dans des négociations en vue de vendre la ligne à cette personne.

[34] Ces négociations ne sont pas sans limite de durée. Le paragraphe 144(4) de la LTC prévoit que, une fois qu’un intéressé a manifesté son intention, la compagnie de chemin de fer dispose d’un délai de six mois pour conclure une entente avec celui-ci. Ce délai court à partir du dernier jour où l’intéressé pouvait manifester son intention conformément à l’avis public.

[35] L’Office peut influencer les négociations de deux façons. Premièrement, les parties à la négociation peuvent demander à l’Office de déterminer la valeur nette de récupération (paragraphe 144(3.1)). Deuxièmement, une partie à la négociation peut porter plainte devant l’Office si l’autre partie ne négocie pas de bonne foi.

[36] La détermination de la valeur nette de récupération peut faciliter les négociations, mais elle ne lie pas les parties. Par ailleurs, une conclusion de mauvaise foi à l’égard d’une partie donne lieu à des réparations qui lient les parties. Lorsqu’une conclusion de mauvaise foi est tirée à l’endroit de l’intéressé, l’Office peut libérer la compagnie de chemin de fer de son obligation de négocier (paragraphe 144(7)). Si la conclusion de mauvaise foi vise la compagnie de chemin de fer, l’Office peut ordonner qu’une entente soit conclue suivant les modalités qu’il précise et fixer le prix de vente de la ligne (paragraphe 144(6)).

[37] En l’absence de pareille intervention, le paragraphe 145(1) de la LTC prévoit que « si [...] aucune entente n’est conclue dans le délai prescrit » (« *if ... no agreement with an interested person is reached, within the required time* »), la compagnie de chemin de fer doit (c.-à-d., « est tenue ») offrir aux gouvernements, administrations de transport et administrations municipales de leur vendre la ligne à sa valeur nette de récupération ou moins (paragraphe 145(1) de la LTC). Par ailleurs, la compagnie de chemin de fer peut alors décider de poursuivre l’exploitation de la ligne, une décision qui, si elle est prise, met effectivement un terme au processus régi par la section V (paragraphe 144(5)).

[38] On the facts of this case, the appellants did not opt to continue to operate the line upon failing to reach an agreement within the six-month period. It follows that unless this period was validly extended, the appellants had, at this juncture, the obligation to offer the line for sale to the relevant public bodies at its net salvage value, and these public bodies had a corresponding right to acquire the line at that price.

[39] However, the Agency decided that the six-month period was validly extended by the parties on consent and proceeded to further extend it by order, thereby effectively differing any entitlement which the relevant public authorities might have had to acquire the line. The Agency came to this conclusion despite the fact that the requirement for the negotiations to be completed within six months is couched in unambiguous terms.

[40] The Agency in its reasons (at page 2, last paragraph) recognizes that there is no ambiguity in the words that appear in subsection 144(4) (“[t]he railway company has six months to reach an agreement”). (The same comment could be made with respect to subsections 144(5) (“[i]f an agreement is not reached within the six months”) and 145(1) (“if ... no agreement ... is reached, within the required time”; “*dans le délai prescrit*” in French text.) However, the Agency found that ambiguity could arise in the application of this six-month time limitation in two situations and found as a result that authority to extend the statutory period must be read into Division V in order to resolve this ambiguity.

[41] The Agency’s reasoning in finding that there was ambiguity in the application of the six-month period is set out in the following two paragraphs (agency’s reasons, at pages 2, 3).

For example, if a net salvage value application is filed under subsection 144(3.1) of the CTA and it is filed in month five, does the expiration of the six months automatically dictate that the application be dismissed because its outcome is moot? Similarly, if there is a complaint that the railway company is not bargaining in good faith (subsection 144(3) of the CTA) and if the complaint is filed in month five, does it too become moot upon expiration of the six months? In both cases, if the

[38] En l’espèce, les appelantes n’ont pas choisi de poursuivre l’exploitation de la ligne, à défaut d’une entente dans le délai de six mois. Il en résulte que, en l’absence d’une prolongation valide de ce délai, les appelantes étaient alors tenues d’offrir aux organismes publics visés de leur vendre la ligne à sa valeur nette de récupération et ces derniers avaient le droit correspondant d’acquérir la ligne à ce prix.

[39] Toutefois, l’Office a décidé que le délai de six mois avait été validement prolongé par consentement des parties et il a autorisé une autre prolongation de ce délai par ordonnance, différant ainsi en fait le droit que les organismes publics visés auraient pu avoir d’acquérir la ligne. L’Office est parvenu à cette conclusion malgré le fait que l’exigence relative à la conclusion d’une entente dans un délai de six mois soit formulée en des termes non équivoques.

[40] Dans ses motifs (à la page 2, dernier paragraphe), l’Office reconnaît que les termes employés au paragraphe 144(4) (« [l]a compagnie dispose, pour conclure une entente, d’un délai de six mois ») sont sans équivoque. (La même remarque pourrait être faite à l’égard des paragraphes 144(5) (« [à] défaut d’entente dans les six mois ») et 145(1) (« si [...] aucune entente n’est conclue dans le délai prescrit »; « *within the required time* » dans la version anglaise.) Toutefois, l’Office a conclu qu’il pouvait y avoir ambiguïté dans l’application du délai de six mois dans deux situations et que, par conséquent, le pouvoir de prolonger le délai prévu par la loi devait être considéré comme faisant implicitement partie de la section V afin de résoudre cette ambiguïté.

[41] Le raisonnement de l’Office qui sous-tend la conclusion selon laquelle il y avait ambiguïté dans l’application du délai de six mois est exposé dans les deux paragraphes suivants (motifs de l’Office, aux pages 2 et 3).

[TRANSLATION] Ainsi, si une demande de détermination de la valeur nette de récupération est présentée en vertu du paragraphe 144(3.1) de la LTC dans le cinquième mois, l’expiration du délai de six mois force-t-elle automatiquement le rejet de la demande parce que son résultat est théorique? Dans le même ordre d’idées, si l’Office reçoit dans le cinquième mois une plainte reprochant à la compagnie de chemin de fer son manque de bonne foi dans les négociations

six month time line is interpreted literally, the filing and determination by the Agency of these complaints would be meaningless as they can have no impact on ongoing negotiations.

These two complaint (or application) provisions (for either a net salvage value determination or a finding of good/bad faith) grant a “right” to proposed purchasers. A rigid interpretation of the six month period would eliminate the “rights” if the application is filed towards the end of the period. Put another way, the strict interpretation and application of a process matter (time periods under subsection 144(4) of the CTA) could eliminate a substantive right to a remedy that Parliament put in the CTA. In order to avoid this elimination, it is reasonable to conclude that there should be flexibility in the six month time period. [My emphasis.]

[42] In light of the concurring reasons by my colleague, Blais J.A., I feel compelled to state the obvious i.e.: that the above passage reflects the *ratio* of the Agency’s decision to extend the delay, and that it must accordingly be addressed. Turning first to the reasoning of the Agency as it relates to the right of a negotiating party to make a complaint when the other party is negotiating in bad faith, and to benefit from the remedies provided under the CTA when a finding of bad faith is made, the Agency expresses the view that this right becomes moot and ineffective if the complaint is made late in the process. In so saying, the Agency appears to be of the view that its decision must be rendered within the six-month period failing which it has no effect. The appellants support this restrictive view of the Agency’s decision-making power. They too suggest that a bad faith allegation must both be made and disposed of within the six-month period (appellants’ memorandum, at paragraphs 77–78).

[43] If this were the case, I would have little difficulty in accepting that an implicit right to extend the six-month period must be read into Division V, in order to allow the Agency to give effect to the remedies provided for by Parliament. However, as counsel for the Agency recognized during the course of the hearing, it is clear that the filing of a bad faith application under section 144 of the CTA suspends the running of the six-month period, with the result that there is, in my respectful view, no need to read in a power to extend this time frame in order to give effect to the will of Parliament.

(paragraphe 144(3) de la LTC), cette plainte devient-elle également théorique à l’expiration du délai de six mois? Dans les deux cas, si le délai de six mois est interprété de façon stricte, le dépôt et l’examen de ces plaintes seraient futiles parce qu’elles n’auraient aucune incidence sur les négociations en cours.

Ces deux dispositions relatives à des plaintes ou demandes (détermination de la valeur nette de récupération ou conclusion de bonne ou mauvaise foi) accordent un « droit » aux éventuels acheteurs. Une interprétation stricte du délai de six mois éliminerait ce « droit » si la demande est présentée vers la fin du délai. En d’autres termes, l’interprétation et l’application strictes d’une question de processus (délai prescrit au paragraphe 144(4) de la LTC) pourraient éliminer un droit fondamental à la réparation que le législateur a prévu dans la LTC. Pour éviter que ce droit soit éliminé, il est raisonnable de conclure que le délai de six mois s’applique avec une certaine souplesse. [Non souligné dans l’original.]

[42] Compte tenu des motifs concourants de mon collègue, le juge Blais, je me vois obligé de dire ce qui est évident, à savoir que l’extrait cité précédemment reflète l’essentiel de la décision de l’Office de prolonger le délai et qu’il est donc nécessaire de l’examiner. Considérant d’abord le raisonnement de l’Office en ce qui a trait au droit d’une partie à la négociation de porter plainte si l’autre partie ne négocie pas de bonne foi et de bénéficiaire des réparations prévues par la LTC lorsqu’une conclusion de mauvaise foi est tirée, on constate que l’Office exprime l’idée que ce droit devient théorique et sans effet si la plainte est présentée tard dans le processus. En disant cela, l’Office semble être d’avis que sa décision doit être rendue dans le délai de six mois sinon elle est sans effet. Les appelantes soutiennent cette interprétation restrictive du pouvoir de décision de l’Office. Elles croient également qu’une plainte alléguant la mauvaise foi doit être présentée et tranchée dans le délai de six mois (mémoire des appelantes, aux paragraphes 77 et 78).

[43] Si tel était le cas, j’aurais un peu de difficulté à accepter qu’un droit implicite de prolonger le délai de six mois doit être considéré comme faisant partie de la section V, pour permettre à l’Office de donner effet aux réparations prévues par le législateur. Par ailleurs, comme l’avocate de l’Office l’a reconnu au cours de l’audience, il est évident que le dépôt d’une plainte de mauvaise foi en vertu de l’article 144 de la LTC suspend le délai de six mois si bien que, à mon humble avis, il n’y a pas lieu de considérer qu’il existe un droit implicite de prolonger ce délai pour donner effet à la volonté du législateur.

[44] So long as a complaint is filed within the six-month period, the Agency is bound to address it and apply the appropriate remedy, if it should find in favour of the complainant. If the breach of the obligation to negotiate in good faith is on the part of the interested person, the railway will be justified to have brought negotiations to an end as of the time when the breach is found to have occurred. Similarly, if the breach is on the part of the railway company, the interested person will have the right to acquire the line at the ordered price with priority as of the time of the breach. The fact that the six-month period may have passed when these findings are made has no impact on the authority of the Agency to grant these remedies.

[45] With respect to the right of the negotiating parties to have access to a net salvage value determination in the course of the negotiations, there is no doubt that the parties will not likely have access to this determination if the application is made towards the end of the six-month period. However, the parties are aware of the six-month period and nothing prevents a party who is interested in obtaining such a determination to apply for it early in the process.

[46] Under subsection 29(1) of the CTA, the Agency must dispose of applications as expeditiously as possible and in any event within 120 days from the date on which the originating documents are filed. In this case, the Agency acknowledged that it had 120 days to make the net salvage value determination although it, in fact, disposed of it within 90 days. Even in cases where the Agency requires the full 120 days, a party could expect to have in hand the Agency's determination well within the six-month period if the application was filed during the early stages of the negotiations. It follows that the scheme as it exists does allow for the Agency's net salvage determination to play a role during the course of the statutory negotiation period. I should add that a net salvage value determination, if applied for within the period, can remain of use after the six-month period has expired depending on the circumstances (see the discussion at paragraph 49 below).

[47] There is therefore no basis for the Agency's conclusion that the two substantive rights which it

[44] Dans la mesure où la plainte est déposée dans le délai de six mois, l'Office est tenu de l'examiner et d'appliquer la réparation appropriée si elle donne raison à son auteur. Si le manquement à l'obligation de négocier de bonne foi est attribuable à l'intéressé, la compagnie de chemin de fer sera justifiée d'avoir mis fin aux négociations au moment où le manquement est reconnu s'être produit. De la même manière, si le manquement est attribuable à la compagnie de chemin de fer, l'intéressé aura le droit d'acquérir la ligne au prix fixé dans l'ordonnance avec priorité au moment où le manquement s'est produit. Le fait que le délai de six mois soit expiré au moment où ces conclusions sont tirées n'a aucune incidence sur le pouvoir de l'Office d'accorder ces réparations.

[45] À propos du droit des parties d'obtenir que la valeur nette de récupération soit déterminée au cours des négociations, il ne fait aucun doute qu'elles n'auront vraisemblablement pas droit à cette détermination si la demande en est faite vers la fin du délai de six mois. Toutefois, les parties sont au courant du délai de six mois et rien n'empêche l'une d'elles qui est intéressée à obtenir pareille détermination d'en faire la demande au début du processus.

[46] En vertu du paragraphe 29(1) de la LTC, l'Office doit rendre sa décision concernant les demandes dont il est saisi avec toute la diligence possible et, en tout état de cause, dans les 120 jours de la date de dépôt de l'acte introductif d'instance. Dans la présente affaire, l'Office a reconnu qu'il disposait de 120 jours pour déterminer la valeur nette de récupération, bien qu'il ait en fait rendu sa décision dans les 90 jours. Même dans les cas où l'Office a besoin du plein délai de 120 jours, une partie pourrait s'attendre à avoir en main sa décision bien avant l'expiration du délai de six mois si la demande a été présentée au cours des premières étapes des négociations. Il s'ensuit que le régime actuel permet effectivement à la détermination de la valeur nette de récupération de jouer un rôle durant la période de négociation prévue par la loi. Je devrais ajouter que la détermination de la valeur nette de récupération, si la demande en est faite dans le délai, peut encore être utile après l'expiration du délai de six mois, selon la situation (voir la discussion au paragraphe 49 plus loin).

[47] La conclusion de l'Office suivant laquelle les deux droits fondamentaux dont il fait mention seront

identified will be lost unless implicit authority to extend the six-month period is read into Division V. As this apprehended loss of rights is the only basis on which the Agency found that ambiguity could arise when came time to apply the six-month period, it can be safely assumed that the Agency would have come to a different conclusion in the absence of these misapprehensions, given its conclusion that the six-month period is otherwise unambiguous.

[48] Indeed, Division V is a complete code which operates in accordance with a definite time line. It is couched in mandatory terms and the detailed steps which must be followed leave no doubt about when the process begins and when it ends. Amongst those steps is the railway's obligation to offer the line for sale to the relevant public bodies for its net salvage value if no agreement is reached within the six-month period (subsection 145(2)). In my view, the corresponding right to acquire the line at its net salvage value which accrues to the relevant public bodies by the operation of subsection 145(1) at that juncture, eliminates the possibility that the parties on consent, or the Agency by order, could extend the six-month statutory period. Neither the parties nor the Agency can effectively do away with the right which accrues to public bodies by the operation of the statute.

[49] As a practical matter, where no public body is interested in purchasing the line, the parties are free to pursue their negotiations after the six-month period and to reach an agreement at the time of their choice. The same applies if the parties agree to continue negotiations, after the notice provided for in subsection 145(2) is given and subject to the right of the relevant public bodies to acquire the line for its net salvage value. The intent of Division V is served by these continued negotiations since the alternative will generally be the discontinuance of the line. However, it is clear that such extended negotiations are no longer governed by Division V.

[50] I therefore conclude that the Agency acted beyond its jurisdiction when it disposed of SOLRS' application despite the fact that it was filed after the six-month

perdus, à moins que le pouvoir implicite de prolonger le délai ne soit considéré comme faisant partie de la section V, n'a donc aucun fondement. Puisque la perte présumée des droits est le seul élément sur lequel l'Office s'est appuyé pour conclure qu'il pouvait y avoir ambiguïté dans l'application du délai de six mois, il y a lieu de supposer que l'Office serait parvenu à une conclusion différente en l'absence de ces interprétations erronées, compte tenu de sa conclusion suivant laquelle le délai de six mois est autrement non équivoque.

[48] En réalité, la section V est un code complet qui fonctionne suivant un échéancier défini. Son libellé est impératif et les étapes détaillées qui doivent être suivies ne laissent aucun doute quant à savoir à quel moment le processus commence et à quel moment il se termine. L'obligation de la compagnie de chemin de fer d'offrir aux organismes publics de leur vendre la ligne à la valeur nette de récupération si aucune entente n'est conclue dans le délai de six mois (paragraphe 145(2)) fait partie de ces étapes. À mon avis, le droit correspondant d'acquérir la ligne à la valeur nette de récupération, qui revient alors aux organismes publics visés par application du paragraphe 145(1), élimine la possibilité que le délai de six mois prévu par la loi puisse être prolongé sur consentement des parties ou par ordonnance de l'Office. Ni les parties ni l'Office ne peuvent réellement écarter le droit qui revient aux organismes publics par application de la loi.

[49] En pratique, si aucun organisme public n'est intéressé à acheter la ligne, les parties sont libres de poursuivre les négociations après le délai de six mois et de conclure une entente au moment voulu. Il en va de même si les parties acceptent de poursuivre les négociations, une fois l'avis prévu au paragraphe 145(2) donné et sous réserve du droit des organismes publics visés de faire l'acquisition de la ligne à la valeur nette de récupération. Le but de la section V est atteint avec la poursuite des négociations puisque, autrement, la cessation de l'exploitation de la ligne en résultera généralement. Toutefois, il est évident que la prolongation des négociations n'est pas régie par la section V.

[50] Je conclus donc que l'Office a outrepassé sa compétence en statuant sur la demande de SOLRS malgré le fait qu'elle ait été déposée après l'expiration du

period provided for in subsections 144(4) and 145(1) of the CTA had expired. For the same reasons, the Agency was without authority to further extend the six-month negotiating period by “at least of 10 business days” after its net salvage value determination was made, and by establishing a discontinuance and transfer process according to time lines which depart from those set out in Division V. Finally, there was no basis in law for the Agency’s conclusion that CN’s offer to the government on January 29, 2007, was premature, since the offer was submitted after the six-month period had expired without an agreement being reached, as contemplated by subsection 145(1) of the CTA.

[51] For these reasons I would allow the appeal, set aside the decision of the CTA and remit the matter back to the Agency with instruction that it decline to deal with SOLRS’ application for want of jurisdiction.

DESJARDINS J.A.: I concur.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[52] BLAIS J.A.: I have had the benefit of reading the reasons prepared by my colleague Justice Noël.

[53] I agree with the general conclusion of my colleague Justice Noël that the appeal should be allowed and that the decision of the CTA be set aside, as he suggests.

[54] I would like to add some comments regarding the impact of a bad faith application to the running of the six-month period provided by section 144 of the CTA.

[55] In this case, the application for bad faith negotiation was filed 25 days after the six-month period had expired. The allegation of bad faith negotiation against CN was held in abeyance until completion of the net salvage determination. Once the net salvage value was established and made known to the parties, the application for bad faith negotiation was abandoned.

délaï de six mois prévu aux paragraphes 144(4) et 145(1) de la LTC. Pour les mêmes raisons, l’Office n’avait pas le pouvoir de prolonger encore la période de négociation d’ [TRADUCTION] « au moins 10 jours ouvrables » après la détermination de la valeur nette de récupération ni d’établir un processus de cessation et de transfert suivant un échéancier qui diverge de celui de la section V. Finalement, la conclusion de l’Office selon laquelle l’offre faite par CN au gouvernement le 29 janvier 2007, était prématurée n’avait aucun fondement en droit, puisque l’offre a été soumise après l’expiration du délai de six mois sans la conclusion d’une entente, tel que le prévoit le paragraphe 145(1) de la LTC.

[51] Pour ces motifs, j’accueillerais l’appel, j’annulerais la décision de l’Office et je lui renverrais l’affaire avec la directive de refuser de statuer sur la demande de SOLRS parce qu’il n’a pas compétence.

LA JUGE DESJARDINS, J.C.A. : Je suis d’accord.

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

[52] LE JUGE BLAIS, J.C.A. : J’ai eu l’avantage de prendre connaissance des motifs rédigés par mon collègue le juge Noël.

[53] Je suis d’accord avec la conclusion générale selon laquelle l’appel devrait être accueilli et la décision de l’Office annulée, tel que le propose mon collègue le juge Noël.

[54] J’aimerais ajouter certaines remarques à propos de l’incidence de la plainte de mauvaise foi sur le délai de six mois prévu à l’article 144 de la LTC.

[55] Dans la présente affaire, la plainte de négociation de mauvaise foi a été déposée 25 jours après l’expiration du délai de six mois. L’examen de l’allégation de négociation de mauvaise foi à l’endroit de CN a été laissé en suspens dans l’attente de la détermination de la valeur nette de récupération. Une fois la valeur nette de récupération établie et communiquée aux parties, la plainte de négociation de mauvaise foi a été abandonnée.

[56] This question of the application for bad faith negotiation was not mentioned in the order granting leave to appeal. In fact, four questions were specifically mentioned and the question of bad faith negotiation was not one of them (see paragraph 20 above).

[57] We should also recognize that this issue was not discussed in detail by the parties before the Agency but was raised before our Court only as an argument to justify the extension of the time limit, an argument which we have rejected.

[58] The suggestion that an application for bad faith negotiation may suspend the running of the six-month period is interesting, but in my view, the possibility of extending or suspending any time limit which is clearly provided in the CTA, deserves to be properly argued by the parties after an in-depth analysis and not decided in a vacuum in the absence of a real application, or in the presence of an application that has been abandoned.

[59] Not being a question identified when the leave to appeal was granted and being moot, it would be seen only as *obiter*.

[60] In my view, it is inappropriate to decide the matter and conclude one way or another for future cases without the benefit of a proper factual background.

[61] There are many possible solutions for dealing with a bad faith application filed within the time limit. Some applications could simply be dealt with within the time limit prescribed by the law. In other cases, the existing legislation provides options to respond to such applications and provide remedies. For example a party to the proceeding could seek a stay or pursue an appeal under the CTA, the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)] or the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)], thus vitiating the need for an automatic suspension of the time limit.

[56] L'ordonnance autorisant l'appel ne faisait pas état de la question de la plainte de négociation de mauvaise foi. En fait, quatre questions ont été soulevées précisément et la question de la négociation de mauvaise foi n'en faisait pas partie (voir le paragraphe 20 précédemment).

[57] Nous devons également reconnaître que cette question n'a pas été discutée de manière approfondie par les parties devant l'Office, mais qu'elle a été soulevée devant la Cour seulement à titre d'argument pour justifier la prolongation du délai, un argument que nous avons rejeté.

[58] La proposition voulant qu'une plainte de négociation de mauvaise foi suspende le délai de six mois est intéressante mais, à mon avis, la possibilité de prolonger ou de suspendre un délai qui est clairement énoncé dans la LTC mérite d'être valablement débattue par les parties après une analyse approfondie, et non d'être tranchée dans l'abstrait en l'absence d'une demande réelle ou en présence d'une demande qui a été abandonnée.

[59] Puisque cette question n'a pas été soulevée dans l'autorisation de l'appel et qu'elle est théorique, elle serait considérée seulement comme une opinion incidente.

[60] À mon avis, il ne convient pas de trancher la question et de conclure d'une façon ou d'une autre pour les causes à venir sans disposer d'un contexte factuel approprié.

[61] Nombre de solutions sont possibles pour traiter une plainte de mauvaise foi déposée dans le délai. Certaines demandes peuvent simplement être traitées dans le délai prescrit par la loi. Dans d'autres cas, le texte de loi existant prévoit des options pour répondre à ces demandes et des mesures de réparations. Ainsi, une partie à l'instance pourrait demander un sursis ou interjeter appel en vertu de la LTC, de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)] ou des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], viciant ainsi la nécessité d'une suspension automatique du délai.

[62] In *Klinko v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 3 F.C. 327 (C.A.), Justice Létourneau held, at paragraphs 38-39:

In view of the conclusion that I have reached with respect to Mr. Klinko's claim who was the target of the persecution, this ground of appeal has become moot. I do not think, for two reasons, that it is in the interest of justice that I address the question of so-called derivative claims.

First and foremost, any opinion I could express or conclusion I could come to would be *obiter*. I believe it would be inappropriate, when there is another appeal pending on that same issue in which it appears that the issue is material to the case, to condition, dictate or perhaps preempt by way of *obiter* a forthcoming discussion of such a material point. In addition, the matter was not the central focus of the appeal and, therefore, was not fully and satisfactorily canvassed.

[63] I have no hesitation in concluding that it is more appropriate to address the issue of the impact of an application for bad faith negotiation on the time limit imposed by the law when such an application is made within the time limit and the matter has been "fully and satisfactorily canvassed", to use the words of Justice Létourneau.

[64] I would therefore conclude that the argument that an application for bad faith negotiation justifies *per se* a suspension or an extension of the time limit is premature.

[62] Dans *Klinko c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 3 C.F. 327 (C.A.), le juge Létourneau a déclaré ce qui suit, aux paragraphes 38 et 39 :

Vu la conclusion à laquelle je suis parvenu en ce qui concerne la revendication de M. Klinko, qui a fait l'objet de persécution, ce motif d'appel est devenu théorique. Je n'estime pas, et ce pour deux raisons, qu'il est dans l'intérêt de la justice que je traite de la question des soi-disant revendications connexes.

Tout d'abord, tout avis que j'exprimerais ou toute conclusion à laquelle je parviendrais ne serait qu'une remarque incidente. À mon avis, il serait inconvenant, compte tenu du fait qu'un autre appel portant sur la même question, et à l'égard duquel la question paraît importante pour ce qui est de l'issue de l'affaire, n'a pas encore été tranché, d'influer sur une discussion à venir d'un point si important, de dicter les termes de cette discussion, ou d'anticiper sur le contenu de celle-ci dans le cadre d'une remarque incidente. De plus, la question n'étant pas l'objet principal de l'appel, elle n'a pas été analysée pleinement et de façon satisfaisante.

[63] Je n'hésite pas à conclure qu'il convient davantage de trancher la question de l'incidence d'une plainte de négociation de mauvaise foi sur le délai imposé par la loi lorsque cette plainte a été déposée dans le délai et que la question a été « analysée pleinement et de façon satisfaisante », pour employer les termes du juge Létourneau.

[64] Je conclurais donc que l'argument selon lequel une plainte de négociation de mauvaise foi justifie en soi une suspension ou une prolongation du délai est prématuré.

T-67-06
2008 FC 409

T-67-06
2008 CF 409

Duane Edward Worthington and Helen Charlotte Worthington (*Applicants*)

Duane Edward Worthington et Helen Charlotte Worthington (*demandeurs*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration (*Respondent*)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (*défendeur*)

INDEXED AS: WORTHINGTON v. CANADA (F.C.)

RÉPERTORIÉ : WORTHINGTON C. CANADA (C.F.)

Federal Court, O'Keefe J.—Toronto, September 18 and 19, 2007, November 27, 2007; Ottawa, April 23, 2008.

Cour fédérale, juge O'Keefe—Toronto, 18 et 19 septembre 2007, 27 novembre 2007; Ottawa, 23 avril 2008.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Judicial review of decision by case analyst refusing application for citizenship under Citizenship Act, s. 3 by American citizen whose adoptive parents born in Canada — Told adoptive children must make application under Act, s. 5 — That application, including application for discretionary grant of citizenship under s. 5(4), refused — Subsequent application under Act, s. 3 also refused because, inter alia, documentation submitted in support insufficient — Failure to notify applicant additional information required breaching doctrine of legitimate expectation as applicant told he would receive such notification — Distinction drawn by Act, s. 3(1)(e) between natural-born and adoptive children contrary to Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15, not justified under s. 1 — Application allowed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle une analyste de cas a refusé la demande de citoyenneté présentée en vertu de l'art. 3 de la Loi sur la citoyenneté par un citoyen américain dont les parents adoptifs sont nés au Canada — On lui a dit que les enfants adoptifs doivent présenter une demande en vertu de l'art. 5 de la Loi — Cette demande, y compris la demande soumise dans le cadre du régime d'attribution discrétionnaire de la citoyenneté en vertu de l'art. 5(4), a été refusée — Une demande ultérieure présentée en vertu de l'art. 3 de la Loi a aussi été refusée parce que, entre autres, les documents soumis à l'appui était insuffisants — L'omission d'aviser le demandeur que d'autres renseignements étaient nécessaires ne répond pas à la règle de l'attente légitime parce qu'on avait dit au demandeur que l'on communiquerait avec lui dans un tel cas — La distinction qu'opère l'art. 3(1)e de la Loi entre les enfants biologiques et les enfants adoptifs viole l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés et cette violation n'est pas justifiée par application de l'article premier — Demande accueillie.

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Applicant (Duane Edward Worthington), American citizen whose adoptive parents born in Canada, applying for citizenship under Citizenship Act, s. 3(1)(e) — Only natural-born children eligible to apply under that section, adoptive children having to apply under s. 5 — This formal distinction on basis of personal characteristic (adoptive child status) analogous ground of discrimination, amounting to discrimination under Charter, s. 15 — Act, s. 3(1)(e) not saved under s. 1 as not minimally impairing rights of foreign-born adoptive children of Canadian parents.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Le demandeur, Duane Edward Worthington, un citoyen américain dont les parents adoptifs sont nés au Canada, a présenté une demande de citoyenneté en vertu de l'art. 3(1)e de la Loi sur la citoyenneté — Seuls les enfants biologiques sont habiles à devenir citoyens en vertu de cet article; les enfants adoptifs doivent présenter leur demande de citoyenneté conformément à l'art. 5 — Cette distinction formelle fondée sur une caractéristique personnelle (situation d'enfant adoptif) constitue un motif analogue de discrimination, qui correspond à de la discrimination en vertu de l'art. 15 de la Charte — L'art. 3(1)e de la Loi n'est pas sauvegardé par application de l'article premier parce qu'il ne porte pas atteinte de façon minimale aux droits des enfants nés à l'étranger qui ont été adoptés par des parents canadiens.

Constitutional Law — Charter of Rights — Limitation Clause — Citizenship Act, s. 3(1)(e) discriminatory as denying adoptive children of Canadian citizens opportunity to obtain “deemed” citizenship — Charter, s. 15 violation not saved under Charter s. 1 — Objectives pressing, substantial — Rational connection between goals of legislation, rights violation — But scheme not minimally impairing rights of foreign-born adoptive children of Canadian parents.

Administrative Law — Judicial Review — Grounds of Review — Procedural fairness — Applicant (Duane Edward Worthington) applying for citizenship under Citizenship Act, s. 3 — Told would be contacted should additional information be required, which was not done — Application refused on basis, inter alia, insufficient documentation submitted — Doctrine of legitimate expectation articulated in C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour), applied — Promise made to, relied upon by applicant clear, unambiguous, unqualified — Applicant thus having legitimate expectation, that expectation breached.

Practice — Parties — Standing — American-born child adopted by Canadian parents having standing to challenge constitutionality of former Citizenship Act as already faced hardship under impugned provision — Court not being asked to apply Charter retroactively as current continuing application of former Act at issue.

This was an application for judicial review of a decision by a case analyst refusing Duane Edward Worthington’s (the applicant) application for Canadian citizenship under section 3 of the *Citizenship Act*.

The applicant is an American citizen whose adoptive parents are U.S. residents, but were born in Canada. In 2002, the applicant claimed Canadian citizenship on the basis of his 1962 adoption by Canadian parents, and applied for a certificate of citizenship from outside Canada under section 3 of the Act. The applicant was subsequently informed that his application was not valid, and that the appropriate application for adoptive children was an application for Canadian citizenship under subsection 5(1) of the Act. The applicant submitted such an application, but was informed by Citizenship and Immigration Canada (CIC) that it was not able to proceed with his application because grants of citizenship under subsection 5(1) of the Act are limited to persons who have permanent resident status in Canada. The application was later converted by CIC into a subsection 5(4) application (discretionary grant of citizenship by the Minister). That application was also refused.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — L’art. 3(1)(e) de la Loi sur la citoyenneté est discriminatoire à l’endroit des enfants adoptés par des citoyens canadiens en leur refusant la possibilité d’être « réputés » avoir la qualité de citoyen — La violation de l’art. 15 de la Charte n’est pas sauvegardée par application de l’article premier de la Charte — Les objectifs sont urgents et réels — Il existe un lien rationnel entre les objectifs de la loi et la violation des droits — Mais le régime ne porte pas atteinte de façon minimale aux droits des enfants nés à l’étranger qui ont été adoptés par des parents canadiens.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Motifs — Équité procédurale — Le demandeur (Duane Edward Worthington) a présenté une demande de citoyenneté en vertu de l’art. 3 de la Loi sur la citoyenneté — On lui a dit que l’on communiquerait avec lui si on avait besoin d’autres renseignements, ce qui n’a pas été fait — La demande a été refusée au motif que, entre autres, des documents insuffisants avaient été produits — Application de la règle de l’attente légitime formulée dans l’arrêt S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail) — La promesse faite au demandeur, et à laquelle il s’est fié, était claire, nette et absolue — Le demandeur avait donc une attente légitime et l’analyste de cas a fait défaut d’y répondre.

Pratique — Parties — Qualité pour agir — L’enfant né aux États-Unis qui a été adopté par des parents canadiens a la qualité nécessaire pour contester la constitutionnalité de l’ancienne Loi sur la citoyenneté parce qu’il a déjà subi un préjudice en raison de la disposition contestée — Comme c’est le fait que l’ancienne loi s’applique toujours qui est en cause, le demandeur ne demandait pas à la Cour d’appliquer la Charte rétroactivement.

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle une analyste de cas a refusé la demande de citoyenneté canadienne présentée par Duane Edward Worthington (le demandeur) en vertu de l’article 3 de la *Loi sur la citoyenneté*.

Le demandeur est un citoyen américain dont les parents adoptifs sont des résidents des États-Unis, mais qui sont nés au Canada. En 2002, le demandeur a demandé la citoyenneté canadienne en invoquant son adoption, en 1962, par ses parents canadiens. Il a soumis une demande de certificat de citoyenneté présentée à l’extérieur du Canada en vertu de l’article 3 de la Loi. Le demandeur a appris par la suite que sa demande n’était pas valide et que dans le cas d’un enfant adoptif, la demande de citoyenneté canadienne devait être présentée en vertu du paragraphe 5(1) de la Loi. Le demandeur a donc soumis cette demande, mais Citoyenneté et Immigration Canada (le Ministère) lui a dit qu’il ne pouvait donner suite à sa demande au motif que seules les personnes qui ont le statut de résidents permanents au Canada peuvent obtenir la citoyenneté en vertu du paragraphe 5(1) de la Loi. Le Ministère a par la suite converti cette demande en une demande visée au paragraphe

Meanwhile, the applicant submitted a second application for a certificate of citizenship from outside Canada under section 3 of the Act flowing from the citizenship of his adoptive father, and included with his application several documents. The applicant was notified by letter that his application had been received and that he would be contacted if additional information was required. This was never done. A few months later, the applicant was informed by the case analyst that his application had been rejected. In her letter, the case analyst pointed out that the documentation submitted in support of the application was insufficient. The applicant now sought the judicial review of that decision.

Held, the application should be allowed.

The doctrine of legitimate expectation, as articulated in *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, was applied. The applicant was promised in a clear, unambiguous and unqualified way that he would be contacted if further information was required. This promise was procedural in nature, and there was proof that the applicant relied on it to his detriment. As such, the applicant had a legitimate expectation that he would be contacted if further information was required, and this expectation was breached when the case analyst rendered her decision on the basis of insufficient information. Even though the normal procedure would have been to send the matter back for redetermination, doing so would not have served any purpose because the respondent has continually taken the position that the applicant, as a foreign-born adoptive child of Canadian parents, is not eligible to apply for citizenship under section 3 of the Act.

The applicant alleged that paragraph 3(1)(e) of the Act violates section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He had standing to bring the constitutional challenge because he had already faced hardship under the section. As it is the current continuing application of the former *Citizenship Act* at issue the Court was not being asked to apply the Charter retroactively.

Natural-born children are eligible to apply for citizenship under section 3, whereas adoptive children must apply for citizenship under section 5. These separate application processes clearly draw a formal distinction on the basis of a personal characteristic, i.e. being a natural-born or adoptive child. The status of being adopted is an analogous ground of discrimination. A consideration of the contextual factors set out in *Law v. Canada* showed that adoptive children suffer from a pre-existing disadvantage; that there is a correspondence

5(4) (régime d'attribution discrétionnaire de la citoyenneté par le ministre). Cette demande a également été rejetée.

Dans l'intervalle, le demandeur a soumis une deuxième demande de certificat de citoyenneté présentée à l'extérieur du Canada en vertu de l'article 3 de la Loi qui reposait sur la citoyenneté de son père adoptif et il a joint plusieurs documents à sa demande. Le demandeur a reçu une lettre l'avisant que sa demande avait été reçue et que l'on communiquerait avec lui pour tout complément d'information. Personne n'a communiqué avec lui. Quelques mois plus tard, l'analyste de cas a informé le demandeur que sa demande avait été rejetée. Dans sa lettre, l'analyste de cas a signalé que les documents déposés à l'appui de la demande n'étaient pas suffisants. Le demandeur sollicitait le contrôle judiciaire de cette décision.

Jugement : la demande doit être accueillie.

La règle de l'attente légitime, telle qu'elle a été formulée dans l'arrêt *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, a été appliquée. On a fait au demandeur une promesse claire, nette et absolue que quelqu'un communiquerait avec lui si de plus amples renseignements étaient nécessaires. Cette promesse touchait à la procédure, et des éléments de preuve démontraient que le demandeur s'est fié à cette promesse à son détriment. À ce titre, le demandeur pouvait légitimement s'attendre à ce que l'on communique avec lui si l'on avait besoin de renseignements complémentaires, et l'analyste de cas a fait défaut de répondre à cette attente légitime lorsqu'elle a rendu sa décision en invoquant le manque de renseignements. Même si la procédure habituelle consiste à renvoyer l'affaire pour qu'elle soit réexaminée, il n'aurait été d'aucune utilité de renvoyer l'affaire en l'espèce parce que le défendeur a constamment adopté le point de vue que le demandeur, en tant qu'enfant adoptif né à l'étranger de parents canadiens, ne peut présenter une demande de citoyenneté en vertu de l'article 3 de la Loi.

Le demandeur affirmait que l'alinéa 3(1)(e) de la Loi viole l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le demandeur avait la qualité nécessaire pour contester la constitutionnalité parce qu'il avait déjà subi un préjudice en raison de cet article. Comme c'est le fait que l'ancienne *Loi sur la citoyenneté* s'applique toujours qui est en cause, le demandeur ne demandait pas à la Cour d'appliquer la Charte rétroactivement.

Les enfants biologiques sont habiles à devenir citoyens en vertu de l'article 3 tandis que les enfants adoptifs doivent présenter leur demande de citoyenneté conformément à l'article 5. L'existence de processus distincts en ce qui concerne la présentation et le traitement des demandes de citoyenneté établit de toute évidence une distinction formelle fondée sur une caractéristique personnelle, en l'occurrence le fait d'être un enfant biologique ou d'être un enfant adoptif. La situation d'enfants adoptifs constitue un motif analogue de

between the analogous ground and the needs of the group in that they have a special need to have comparable citizenship to that of their Canadian parents; that there is no ameliorative purpose of the impugned law upon a more disadvantaged group and that the interest at stake is critical to their full inclusion into Canadian society. In light of these factors, paragraph 3(1)(e) is discriminatory as it denies adoptive children of Canadian citizens the opportunity to obtain “deemed” citizenship under section 3 of the Act on the basis of their status as adopted children. This Charter, section 15 violation could not be saved under section 1. While the objectives of the impugned provision are pressing and substantial and a rational connection exists between the goals of providing access to citizenship while safeguarding the security of Canadian citizens and nation-building and requiring only adoptive children to seek citizenship through the discretionary power provided in section 5, the current scheme does not minimally impair the rights of foreign-born adoptive children of Canadian parents. Their applications are subject to the Minister’s discretion, and thus completely at the latter’s mercy.

discrimination. Il ressort d’un examen des facteurs contextuels énoncés dans l’arrêt *Law c. Canada* que les enfants adoptifs subissent un désavantage préexistant; qu’il y a une correspondance entre le motif analogue et les besoins du groupe puisque les enfants adoptifs ont le besoin spécial de se voir reconnaître une citoyenneté comparable à celle de leurs parents canadiens; que la loi contestée n’a pas d’objet d’amélioration en ce qui concerne un groupe plus défavorisé et que le droit en jeu revêt une importance critique si l’on souhaite leur pleine intégration dans la société canadienne. À la lumière de ces facteurs, l’alinéa 3(1)(e) est discriminatoire à l’endroit des enfants adoptés par des citoyens canadiens en leur refusant la possibilité d’être « réputés » avoir la qualité de citoyen en vertu de l’article 3 de la Loi du fait de leur statut d’enfant adopté. Cette violation de l’article 15 de la Charte ne pouvait pas être sauvegardée par application de l’article premier. Bien que les dispositions contestées visent un objectif urgent et réel et qu’il y ait un lien rationnel entre, d’une part, l’objectif consistant à donner accès à la citoyenneté tout en s’assurant de l’engagement des intéressés envers le Canada et en préservant la sécurité de ses citoyens et, d’autre part, le fait d’obliger uniquement les enfants adoptifs à demander la citoyenneté par le biais du pouvoir discrétionnaire prévu à l’article 5, le régime actuel ne porte pas atteinte de façon minimale aux droits des enfants nés à l’étranger qui ont été adoptés par des parents canadiens. Leurs demandes sont assujetties au pouvoir discrétionnaire du ministre et ils sont donc totalement à la merci du ministre.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15.
- Canadian Citizenship Act*, R.S.C. 1952, c. 33, ss. 2 “alien”, 4(a).
- Canadian Citizenship Act*, R.S.C. 1970, c. C-19, s. 5(1)(b).
- Canadian Citizenship Act (The)*, S.C. 1946, c. 15, s. 5.
- Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6.
- Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 2 “former Act”, 3 (as am. by S.C. 1995, c. 5, s. 25), 5 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 44, s. 1(F); S.C. 1992, c. 21, s. 7; 2000, c. 12, s. 75(F); 2001, c. 27, s. 228; 2003, c. 22, s. 149(E)).
- Citizenship Act*, S.C. 1974-75-76, c. 108.
- Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*, May 29, 1993, [1997] Can. T.S. No. 12.
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).
- Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 81, 400 (as am. by SOR/2002-417, s. 25(F)).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15.
- Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale*, 29 mai 1993, [1997] R.T. Can. n° 12.
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6.
- Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 2 « ancienne loi », 3 (mod. par L.C. 1995, ch. 5, art. 25), 5 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 44, art. 1(F); L.C. 1992, ch. 21, art. 7; 2000, ch. 12, art. 75(F); 2001, ch. 27, art. 228; 2003, ch. 22, art. 149(A)).
- Loi sur la citoyenneté*, S.C. 1974-75-76, ch. 108.
- Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.C. 1946, ch. 15, art. 5.
- Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.R.C. 1952, ch. 33, art. 2 « étranger », 4a).
- Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.R.C. 1970, ch. C-19, art. 5(1)(b).
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).
- Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 81, 400 (mod. par DORS/2002-417, art. 25(F)).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Worthington v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2004), 25 Admin. L.R. (4th) 285; 258 F.T.R. 102; 43 Imm. L.R. (3d) 274; 2004 FC 1546; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539; (2003), 226 D.L.R. (4th) 193; 50 Admin. L.R. (3d) 1; [2003] CLLC 220-040; 304 N.R. 76; 173 O.A.C. 38; 2003 SCC 29; *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; *Grismer v. Squamish Indian Band*, [2007] 1 C.N.L.R. 146; (2006), 146 C.R.R. (2d) 68; 299 F.T.R. 268; 2006 FC 1088; *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335.

DISTINGUISHED:

Koehler v. Warkworth Institution (1991), 45 F.T.R. 87 (F.C.T.D.); *Ayyalasomayajula v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 248; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460; (2001), 210 D.L.R. (4th) 193; 34 Admin. L.R. (3d) 163; 10 C.C.E.L. (3d) 1; [2001] CLLC 210-033; 272 N.R. 1; 149 O.A.C. 1; 2001 SCC 44.

CONSIDERED:

Taylor v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2006), 145 C.R.R. (2d) 8; 299 F.T.R. 158; 56 Imm. L.R. (3d) 220; 2006 FC 1053; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [2001] 4 F.C. 451; (2001), 201 D.L.R. (4th) 35; [2001] 3 C.N.L.R. 72; 6 C.P.C. (5th) 1; 274 N.R. 304; 2001 FCA 67; *Popov v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 75 F.T.R. 90 (F.C.T.D.); *Canada (Attorney General) v. McKenna*, [1999] 1 F.C. 401; (1998), 167 D.L.R. (4th) 488; 47 Imm. L.R. (2d) 21; 233 N.R. 52 (C.A.); *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; (1997), 143 D.L.R. (4th) 577; 42 C.R.R. (2d) 1; 37 Imm. L.R. (2d) 195; 208 N.R. 81; *Moldeveanu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 1 Imm. L.R. (3d) 105; 235 N.R. 192 (F.C.A.); *Lam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 164 F.T.R. 177 (F.C.T.D.); *Abasalizadeh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 42 Imm. L.R. (3d) 224; 2004 FC 1407; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; (1999), 171 D.L.R. (4th) 577; 62 C.R.R. (2d) 1; 238 N.R. 179; 121 O.A.C. 1; 46 R.F.L. (4th) 32; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; (1997), 151 D.L.R. (4th) 385; 46 C.R.R. (2d) 234; 218 N.R. 241.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Worthington c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2004 CF 1546; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539; 2003 CSC 29; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Grismer c. Bande indienne de Squamish*, 2006 CF 1088; *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Koehler c. Établissement de Warkworth, [1991] A.C.F. n° 246 (1^{re} inst.) (QL); *Ayyalasomayajula c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 248; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460; 2001 CSC 44.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Taylor c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2006 CF 1053; *Bande indienne de Blueberry River c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [2001] 4 C.F. 451; 2001 CAF 67; *Popov c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 489 (1^{re} inst.) (QL); *Canada (Procureur général) c. McKenna*, [1999] 1 C.F. 401 (C.A.); *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Moldeveanu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 55 (C.A.) (QL); *Lam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 410 (1^{re} inst.) (QL); *Abasalizadeh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1407; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569.

REFERRED TO:

Veres v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2001] 2 F.C. 124 (T.D.); *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Lidder*, [1992] 2 F.C. 621; (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 62; 16 Imm. L.R. (2d) 241; 136 N.R. 254 (C.A.); *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742 (C.A.); *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; 2003 SCC 19; *Keeprite Workers' Independent Union et al. and Keeprite Productions Ltd. (Re)* (1980), 29 O.R. (2d) 513; 114 D.L.R. (3d) 162 (C.A.); *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; (1995), 127 D.L.R. (4th) 1; 100 C.C.C. (3d) 449; 62 C.P.R. (3d) 41; 31 C.R.R. (2d) 189; 187 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; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; (1995), 124 D.L.R. (4th) 609; C.E.B. & P.G.R. 8216; 95 CLLC 210-025; 29 C.R.R. (2d) 79; 182 N.R. 161; 12 R.F.L. (4th) 201.

APPLICATION for judicial review of the decision by a case analyst refusing an application for citizenship under section 3 of the *Citizenship Act* by an American citizen adopted in 1962 by Canadian parents residing in the U.S. Application allowed.

APPEARANCES:

Ali Amini for applicants.
A. Leena Jaakkimainen and *Lisa J. Hutt* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Amini Carlson LLP, Toronto, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] O'KEEFE J.: This is an application pursuant to section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c.

DÉCISIONS CITÉES :

Veres c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2001] 2 C.F. 124 (1^{re} inst.); *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Lidder*, [1992] 2 C.F. 621 (C.A.); *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.); *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226; 2003 CSC 19; *Keeprite Workers' Independent Union et al. and Keeprite Productions Ltd. (Re)* (1980), 29 O.R. (2d) 513; 114 D.L.R. (3d) 162 (C.A.); *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle une analyste de cas a refusé la demande de citoyenneté canadienne présentée en vertu de l'article 3 de la *Loi sur la citoyenneté* par un citoyen américain qui a été adopté en 1962 par des parents canadiens qui étaient des résidents des É.-U. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

Ali Amini pour les demandeurs.
A. Leena Jaakkimainen et *Lisa J. Hutt* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Amini Carlson LLP, Toronto, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE O'KEEFE : La Cour statue sur une demande présentée en vertu de l'article 18.1 [édicte par

8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], for judicial review of a decision dated October 24, 2005, by a case analyst refusing Duane Edward Worthington's application for Canadian citizenship under section 3 [as am. by S.C. 1995, c. 5, s. 25] of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29 (*Citizenship Act* or the Act). While both Duane Edward Worthington and his adoptive mother, Helen Charlotte Worthington are listed as applicants on the record, for reasons of simplicity I will refer only to Duane Edward Worthington as "the applicant".

[2] The applicant requests:

(a) the decision of the case analyst dated October 24, 2005, be quashed and set aside;

(b) an order in the nature of *mandamus* requiring the Minister of Citizenship and Immigration to recognize and grant Canadian citizenship to the applicant;

(c) a declaration that paragraph 3(1)(e) of the Act is unconstitutional by reason of its inconsistency with section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter);

(d) in the alternative, that this Court read in the words "or adopted" immediately after the word "born" in paragraph 5(b) of the 1947 *Canadian Citizenship Act* [*The Canadian Citizenship Act*, S.C. 1946, c. 15] (repealed) (the former Act) and immediately before the word "outside", and direct that the rest of the section be read *mutatis mutandi*; and

(e) costs on a solicitor-client basis.

Background

[3] The applicant, Duane Edward Worthington, is an American citizen, born in the U.S.A. on March 9, 1961. The applicant was adopted by Frank Edward Worthington (Bud Worthington) and Helen Charlotte

L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], en vue d'obtenir le contrôle judiciaire d'une décision en date du 24 octobre 2005 par laquelle une analyste de cas a refusé la demande de citoyenneté canadienne présentée par Duane Edward Worthington en vertu de l'article 3 [mod. par L.C. 1995, ch. 5, art. 25] de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29 (la *Loi sur la citoyenneté* ou la Loi). Bien que Duane Edward Worthington et sa mère adoptive, Helen Charlotte Worthington, soient tous les deux inscrits comme demandeurs au dossier, je ne désignerai que Duane Edward Worthington comme « demandeur » par souci de simplicité.

[2] Le demandeur sollicite les mesures suivantes :

a) l'annulation de la décision rendue le 24 octobre 2005 par l'analyste de cas;

b) une ordonnance de la nature d'un bref de *mandamus* enjoignant au Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de reconnaître et d'attribuer la citoyenneté canadienne au demandeur;

c) un jugement déclarant l'alinéa 3(1)e) de la Loi inconstitutionnel en raison de son incompatibilité avec l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte);

d) à titre subsidiaire, que la Cour interpole les mots « ou est adoptée » immédiatement après le mot « naît » à l'alinéa 5b) de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* [S.C. 1946, ch. 15] de 1947 (abrogée) (l'ancienne Loi) et immédiatement avant le mot « hors » et que la Cour ordonne que le reste de cet article soit interprété avec les adaptations nécessaires;

e) les dépens sur une base avocat-client.

Contexte

[3] Né aux États-Unis le 9 mars 1961, le demandeur, Duane Edward Worthington, est un citoyen américain. Il a été adopté par Frank Edward Worthington (Bud Worthington) et par Helen Charlotte Worthington le

Worthington on March 20, 1962. The applicant's adoptive parents are residents of the U.S.A., but were both born in British Columbia. The applicant is currently serving a 425-month sentence in a medium security federal penitentiary in the U.S.A. for drug- and weapons-related offences committed in the U.S.A.

20 mars 1962. Les parents adoptifs du demandeur sont des résidents des États-Unis, mais ils sont tous les deux nés en Colombie-Britannique. Le demandeur purge présentement une peine d'emprisonnement de 425 mois dans un pénitencier fédéral à sécurité moyenne aux États-Unis pour des infractions liées à des stupéfiants et à des armes qui ont été commises aux États-Unis.

[4] In 2002, the applicant inquired with Citizenship and Immigration Canada (CIC or the Department) as to the possibility of claiming Canadian citizenship on the basis of his adoption by Canadian parents. In response to his inquiry, the applicant was given an application form for a certificate of citizenship from outside of Canada under section 3 of the Act and an application form for a grant of citizenship under section 5 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 44, s. 1(F); S.C. 1992, c. 21, s. 7; 2000, c. 12, s. 75(F); 2001, c. 27, s. 228; 2003, c. 22, s. 149(E)] of the Act.

[4] En 2002, le demandeur s'est renseigné auprès de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC ou le Ministère) au sujet de la possibilité de demander la citoyenneté canadienne en invoquant son adoption par ses parents canadiens. En réponse à cette demande de renseignements, on a remis au demandeur une formule de demande de certificat de citoyenneté présentée à l'extérieur du Canada en vertu de l'article 3 et une formule de demande en vue d'obtenir la citoyenneté canadienne en vertu de l'article 5 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 44, art. 1(F); L.C. 1992, ch. 21, art. 7; 2000, ch. 12, art. 75(F); 2001, ch. 27, art. 228; 2003, ch. 22, art. 149(A)] de la Loi.

[5] On July 4, 2002, the applicant submitted an application for a certificate of citizenship from outside Canada under section 3 of the Act (the first application). He claimed citizenship on the basis that he was born outside of Canada between January 1, 1947 and February 14, 1977 in wedlock to a Canadian father. On August 30, 2002, the applicant received a letter from the Senior Consular Program Officer (the program officer) informing him that his application under section 3 of the Act was not valid as he was the adoptive child of Canadian parents (section 3 is limited to naturally born children). The applicant was informed that the appropriate application for adoptive children was an application for Canadian citizenship under subsection 5(1) of the Act.

[5] Le 4 juillet 2002, le demandeur a présenté une demande de certificat de citoyenneté présentée à l'extérieur du Canada en vertu de l'article 3 de la Loi (la première demande). Il a réclamé la citoyenneté en invoquant le fait qu'il était né hors du Canada, dans les liens du mariage, d'un père canadien, entre le 1^{er} janvier 1947 et le 14 février 1977. Le 30 août 2002, le demandeur a reçu une lettre de l'agent principal des programmes du Consulat (l'agent des programmes) l'informant que la demande qu'il avait présentée en vertu de l'article 3 de la Loi n'était pas valide étant donné qu'il était l'enfant adoptif de parents canadiens (l'article 3 ne s'applique qu'aux enfants biologiques). On lui a fait savoir que, dans le cas d'un enfant adoptif, la demande de citoyenneté canadienne devait être présentée en vertu du paragraphe 5(1) de la Loi.

[6] On September 11, 2002, the applicant submitted an application under subsection 5(1) of the Act. In a letter dated December 30, 2002 from the Department, the applicant was informed that the Department was unable to proceed with his application. Grants of citizenship under subsection 5(1) of the Act are limited to persons who have permanent resident status in Canada. The letter further requested that the applicant sign and date the enclosed "Request for Withdrawal"

[6] Le 11 septembre 2002, le demandeur a donc soumis une demande en vertu du paragraphe 5(1) de la Loi. Dans une lettre datée du 30 décembre 2002, le Ministère a informé le demandeur qu'il ne pouvait donner suite à sa demande au motif que seules les personnes qui ont le statut de résidents permanents au Canada peuvent obtenir la citoyenneté en vertu du paragraphe 5(1) de la Loi. Dans cette lettre, le Ministère invitait par ailleurs le demandeur à signer et à dater la

form with regard to his subsection 5(1) application. The applicant refused to withdraw his application and subsequently, the Department converted his subsection 5(1) application into a subsection 5(4) application. Subsection 5(4) applications are special grants of citizenship under the discretionary power of the Minister of Citizenship and Immigration.

[7] On July 3, 2003, the then-Minister of Citizenship and Immigration, Denis Coderre, informed the applicant that his subsection 5(4) application had been refused. This decision was judicially reviewed by Madame Justice Layden-Stevenson of this Court in November 2004 (see *Worthington v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 25 Admin. L.R. (4th) 285 (F.C.)). In that decision, the matter was referred back for redetermination, with terms.

[8] The matter was reconsidered and in a letter dated November 25, 2005, the applicant was informed by the then-Minister of Citizenship and Immigration, Joe Volpe, that his application had been refused. On December 28, 2005, the applicant filed an application with this Court to have the Minister's decision judicially reviewed. This application is under the file number T-2295-05.

[9] Meanwhile, the applicant submitted another application for a certificate of citizenship from outside Canada under section 3 of the Act dated June 17, 2004 (the second application). The applicant's application for citizenship flowed from the citizenship of his adoptive father, Bud Worthington, since his parents were married at the time of Mr. Worthington's adoption. The applicant included in the application copies of both his adoptive parents' birth certificates, documents relating to the adoption, a marriage certificate of his adoptive parents and a U.S. alien card for his adoptive mother. By letter dated August 21, 2004, the applicant received notice that his application had been received. This letter included the phrase: "The application and documents will now be reviewed and we will contact you if additional information is required."

« demande de désistement » jointe à la lettre. À la suite du refus du demandeur de se désister de sa demande fondée sur le paragraphe 5(1), le Ministère a converti cette demande en une demande visée au paragraphe 5(4). Le paragraphe 5(4) porte sur le pouvoir discrétionnaire du gouverneur en conseil d'ordonner au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration d'attribuer la citoyenneté à toute personne qu'il désigne.

[7] Le 3 juillet 2003, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de l'époque, Denis Coderre, a informé le demandeur de son refus de lui attribuer la citoyenneté canadienne en vertu du paragraphe 5(4) de la Loi. Saisie d'une demande de contrôle judiciaire de cette décision présentée en novembre 2004 (*Worthington c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1546), la juge Layden-Stevenson, de notre Cour, a renvoyé l'affaire au ministre pour qu'il prenne une nouvelle décision, sous réserve de certaines conditions.

[8] L'affaire a été réexaminée et, dans une lettre datée du 25 novembre 2005, le demandeur a été informé par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de l'époque, Joe Volpe, que sa demande avait été refusée. Le 28 décembre 2005, le demandeur a saisi notre Cour d'une demande de contrôle judiciaire du ministre. Cette demande porte le numéro de dossier T-2295-05.

[9] Dans l'intervalle, le demandeur a soumis le 17 juin 2004 une autre demande de certificat de citoyenneté présentée à l'extérieur du Canada en vertu de l'article 3 de la Loi (la seconde demande). La demande de citoyenneté du demandeur s'appuyait sur la citoyenneté de son père adoptif, Bud Worthington, étant donné que ses parents étaient mariés au moment de l'adoption de M. Worthington. Le demandeur a joint à sa demande des copies du certificat de naissance de son père et de sa mère, des documents ayant trait à son adoption, le certificat de mariage de ses parents adoptifs et la carte de résident étranger des États-Unis de sa mère adoptive. Par lettre datée du 21 août 2004, le demandeur a été avisé que sa demande avait été reçue. On trouvait la phrase suivante dans cette lettre : [TRADUCTION] « Nous allons maintenant procéder à l'examen de la demande et des documents et nous communiquerons avec vous pour tout complément d'information, le cas échéant. »

[10] In a letter dated October 24, 2005, Ms. Campbell, a case analyst with CIC (the case analyst) informed the applicant that his application had been rejected. This is the judicial review of the decision.

Board's Reasons for Decision

[11] In the decision dated October 24, 2005, the case analyst refused the applicant's application for a citizenship certificate from outside Canada under section 3 of the Act. As the decision was very brief, I have reproduced it below:

Mr. Worthington,

This refers to your "Application for a Citizenship Certificate from Outside Canada (Proof of Citizenship) Under Section 3", filed on June 17, 2004.

Children born outside Canada and adopted by a Canadian citizen are not eligible for citizenship under paragraph 3(1)(e) and subsection 4(3) of the *Citizenship Act*. Paragraph 3(1)(e) of the *Citizenship Act* requires that the person must have been entitled, immediately before February 15, 1977, to become a citizen under paragraph 5(1)(b) of the former *Act*. You have not provided evidence to demonstrate that you satisfy the conditions of this paragraph.

Furthermore, I would also like to point out that the documentation you submitted in support of your application was insufficient to demonstrate that your parents were Canadian citizens at the time of your adoption.

In light of the above noted factors, you do not qualify for a delayed registration under subsection 4(3) for the purposes of paragraph 3(1)(e) of the *Citizenship Act*.

Sincerely,

Nicole Campbell
A/Analyst
Citizenship Case Review

[10] Dans une lettre datée du 24 octobre 2005, M^{me} Campbell, analyste de cas à CIC (l'analyste de cas) a informé le demandeur que sa demande avait été rejetée. Il s'agit du contrôle judiciaire de cette décision.

Motifs de la décision de l'office fédéral

[11] Dans sa décision du 24 octobre 2005, l'analyste de cas a refusé la demande de certificat de citoyenneté présentée à l'extérieur du Canada en vertu de l'article 3 de la Loi. Comme cette décision est très brève, je la reproduis ci-dessous :

[TRADUCTION]

M. Worthington,

La présente fait suite à votre « Demande de certificat de citoyenneté présentée à l'extérieur du Canada en vertu de l'article 3 (preuve de citoyenneté) », qui a été déposée le 17 juin 2004.

Les enfants nés à l'étranger qui sont adoptés par un citoyen canadien ne sont pas admissibles à la citoyenneté aux termes de l'alinéa 3(1)e) et du paragraphe 4(3) de la *Loi sur la citoyenneté*. L'alinéa 3(1)e) de la *Loi sur la citoyenneté* exige que l'intéressé ait été habile, au 14 février 1977, à devenir citoyen aux termes de l'alinéa 5(1)b) de l'ancienne Loi. Or, vous n'avez pas soumis d'éléments de preuve tendant à démontrer que vous remplissiez les conditions prévues à cet alinéa.

Je tiens par ailleurs à signaler que les pièces que vous avez soumises à l'appui de votre demande sont insuffisantes pour démontrer que vos parents étaient des citoyens canadiens au moment de votre adoption.

Compte tenu des facteurs précités, vous ne remplissez pas les conditions requises pour avoir droit, en vertu du paragraphe 4(3), à un enregistrement différé pour l'application de l'alinéa 3(1)e) de la *Loi sur la citoyenneté*.

Veillez agréer, Monsieur, l'expression de nos sentiments distingués.

Nicole Campbell
Analyste par int.
Révision des cas — Citoyenneté

Issues

[12] The applicant submitted the following issues for consideration:

1. What is the applicable standard of review?
2. Did the applicants have a legitimate expectation that they would be contacted for additional information as they were promised?
3. If yes, would it make any sense to send the matter back for reconsideration given the respondent's consistently held position that adopted children do not have a derivative claim to citizenship under paragraph 3(1)(e) as well as the respondent's refusals on many different occasions?
4. Is it legally right to say that the concept of "Canadian citizenship" did not exist before 1947?
5. Was the adoptive father a Canadian citizen? Should the respondent be estopped from challenging the adoptive father's Canadian citizenship? Has the matter become *res judicata*?
6. Even if the Court is not satisfied about the adoptive father's Canadian citizenship, does Mr. Worthington have a derivative claim through his mother?
7. Does paragraph 3(1)(e) violate, in whole or in part, subsection 15(1) of the Charter, in so far as it creates a distinction which has the effect of not only withholding a benefit but also imposing a more onerous obligation on those claiming Canadian citizenship based on their adoption by their Canadian parents than on those claiming Canadian citizenship based on their natural birth to their Canadian parents? If so, is it saved by section 1 of the Charter?

[13] The respondent submitted the following preliminary issue for consideration:

1. Is the applicant's affidavit of Sonia Kociper in violation of rule 81 of the *Federal Courts Rules*,

Questions à trancher

[12] Le demandeur a soumis les questions litigieuses suivantes à notre examen :

1. Quelle est la norme de contrôle judiciaire applicable?
2. Les demandeurs pouvaient-ils légitimement s'attendre à ce que l'on communique avec eux pour obtenir des renseignements complémentaires comme on le leur avait promis?
3. Dans l'affirmative, serait-il logique de renvoyer l'affaire pour réexamen, compte tenu de la position constante du défendeur que les enfants adoptifs ne peuvent présenter une demande de citoyenneté par filiation en vertu de l'alinéa 3(1)e), ainsi que des refus répétés du défendeur?
4. Est-il exact de dire, sur le plan légal, que le concept de « citoyenneté canadienne » n'existait pas avant 1947?
5. Le père adoptif était-il un citoyen canadien? Le défendeur est-il irrecevable à contester la citoyenneté canadienne du père adoptif du demandeur? La question est-elle chose jugée?
6. Même si la Cour n'est pas convaincue que son père adoptif possède la citoyenneté canadienne, M. Worthington peut-il présenter une demande de citoyenneté par filiation par l'entremise de sa mère?
7. L'alinéa 3(1)e) viole-t-il en tout ou en partie le paragraphe 15(1) de la Charte, dans la mesure où il crée une distinction qui a pour effet non seulement de priver d'un bénéfice ceux qui cherchent à obtenir la citoyenneté canadienne en se fondant sur leur adoption par des parents canadiens mais aussi d'imposer des obligations plus onéreuses que celles qui sont imposées aux personnes qui demandent la citoyenneté canadienne en se fondant sur leur filiation biologique avec leurs parents canadiens? Dans l'affirmative, l'alinéa 3(1)e) est-il sauvegardé par l'article premier de la Charte?

[13] Le défendeur a soumis à notre examen la question préliminaire suivante :

1. L'affidavit de Sonia Kociper soumis par le demandeur contrevient-il à la règle 81 des *Règles des Cours*

SOR/98-106 [r.1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)], and therefore should be assessed with caution and accorded minimal weight?

fédérales, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], et devrait-on par conséquent l'évaluer avec prudence et lui accorder une valeur minimale?

[14] I would rephrase the issues as follows:

[14] Je reformulerais comme suit les questions en litige :

I. Preliminary Issues

I. Questions préliminaires

(a) Does the applicant's affidavit of Sonia Kociper violate rule 81 of the *Federal Courts Rules*?

a) L'affidavit de Sonia Kociper soumis par le demandeur contrevient-il à la règle 81 des *Règles des Cours fédérales*?

II. Judicial Review Issues

II. Questions ayant trait au contrôle judiciaire

(a) What is the appropriate standard of review?

a) Quelle est la norme de contrôle judiciaire appropriée?

(b) Did the applicant have a legitimate expectation that he would be contacted by the case analyst if more information was needed? Was this legitimate expectation violated?

b) Le demandeur pouvait-il légitimement s'attendre à ce que l'analyste de cas communique avec lui si elle avait besoin de renseignements complémentaires? A-t-il été frustré dans cette attente légitime?

(c) Did the applicant have a legitimate expectation that by submitting a copy of his adoptive father's Canadian provincial birth certificate, the requirement to prove his adoptive father's citizenship had been met? Was this legitimate expectation violated?

c) Le demandeur pouvait-il légitimement s'attendre à ce qu'en soumettant une copie du certificat provincial de naissance de son père canadien adoptif, il satisfasse à son obligation de prouver la citoyenneté canadienne de son père adoptif? A-t-il été frustré dans cette attente légitime?

(d) Did the case analyst err in finding that there was insufficient evidence to prove the applicant's parents' citizenship?

d) L'analyste de cas a-t-elle commis une erreur en concluant qu'elle ne disposait pas d'éléments de preuve suffisants pour prouver la citoyenneté des parents du demandeur?

III. Procedural Issues

III. Questions procédurales

(a) Is the question of the applicant's parents' citizenship *res judicata*?

a) La question de la citoyenneté des parents du demandeur est-elle chose jugée?

(b) Is the respondent estopped from challenging the parents' citizenship?

b) Le défendeur est-il irrecevable à contester la citoyenneté de ses parents?

(c) Would sending the matter back for redetermination serve any purpose?

c) Serait-il utile de renvoyer l'affaire pour qu'elle soit réexaminée?

IV. Constitutional Issues

- (a) Does paragraph 3(1)(e) violate section 15 of the Charter?
- (b) Can it be saved under section 1 of the Charter?
- (c) What is the appropriate remedy?

V. Costs

- (a) Should the applicant be awarded costs on a solicitor-client basis?

[15] I will be summarizing the parties' submissions under the following headings:

I. Preliminary Issues

- (a) Affidavit of Sonia Kociper

II. Judicial Review Issues

- (a) Standard of Review
- (b) Legitimate Expectation No. 1
- (c) Legitimate Expectation No. 2
- (d) Error in Finding Insufficient Evidence

III. Procedural Issues

- (a) Res Judicata
- (b) Estoppel
- (c) Sending the Matter Back for Redetermination

IV. Constitutional Issues

- (a) Section 15
- (b) Section 1
- (c) Remedies

IV. Questions constitutionnelles

- a) L'alinéa 3(1)e viole-t-il l'article 15 de la Charte?
- b) Peut-il être sauvegardé par application de l'article premier de la Charte?
- c) Quelle est la réparation appropriée?

V. Dépens

- a) La Cour devrait-elle adjuger les dépens sur une base avocat-client au demandeur?

[15] Je vais résumer les observations des parties sous les rubriques suivantes :

I. Questions préliminaires

- a) Affidavit de Sonia Kociper

II. Questions ayant trait au contrôle judiciaire

- a) Norme de contrôle
- b) Attente légitime n°1
- c) Attente légitime n°2
- d) Conclusion erronée au sujet de l'insuffisance de la preuve

III. Questions procédurales

- a) Chose jugée
- b) Irrecevabilité
- c) Renvoi de l'affaire pour réexamen

IV. Questions constitutionnelles

- a) Article 15
- b) Article 1
- c) Réparations

V. Costs

(a) Solicitor-Client CostsApplicant's Submissions

I. Preliminary Issues

(a) Affidavit of Sonia Kociper

[16] The applicant submitted that the respondent takes issue with the applicant's underlying affidavit of Sonia Kociper as being hearsay. The applicant submitted that all statements contained in the affidavit are based on personal knowledge arrived at by reviewing documentary exhibits and backed by supporting documentation attached to the affidavit as exhibits. The applicant submitted that there is no violation of rule 81 of the *Federal Courts Rules*.

II. Judicial Review Issues

(a) Standard of Review

[17] The applicant submitted that the appropriate standard of review is correctness as the Court is being asked to determine whether the case analyst's decision conforms to the applicable legislation and the Charter (*Taylor v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 145 C.R.R. (2d) 8 (F.C.), at paragraphs 35-36).

(b) Legitimate Expectation No. 1

[18] The applicant submitted that the doctrine of legitimate expectation arises where a decision maker in its reasons reproaches the applicant for failing to provide evidence without putting the applicant on notice that they are at risk on that issue (*Veres v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 124 (T.D.)). The applicant submitted that two separate legitimate expectations arose in the present case.

[19] Firstly, the applicant submitted that there existed a legitimate expectation that the case analyst would contact the applicant if additional information was

V. Dépens

a) Dépens sur une base avocat-clientPrétentions et moyens du demandeur

I. Questions préliminaires

a) Affidavit de Sonia Kociper

[16] Suivant le demandeur, le défendeur conteste l'affidavit de Sonia Kociper que le demandeur a produit au soutien de sa demande en affirmant qu'il constitue du ouï-dire. Le demandeur affirme que toutes les affirmations contenues dans l'affidavit sont fondées sur la connaissance personnelle que la déclarante a acquise en examinant les pièces documentaires, connaissance confirmée par les pièces à l'appui jointes à l'affidavit. Le demandeur affirme qu'il n'y a pas violation de la règle 81 des *Règles des Cours fédérales*.

II. Questions ayant trait au contrôle judiciaire

a) Norme de contrôle

[17] Le demandeur affirme que la norme de contrôle judiciaire appropriée est celle de la décision correcte, car la Cour est appelée à décider si la décision de l'analyste de cas est conforme aux dispositions législatives applicables et à la Charte (*Taylor c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1053, aux paragraphes 35 et 36).

b) Attente légitime n° 1

[18] Le demandeur affirme que la doctrine des attentes légitimes s'applique lorsque, dans ses motifs, le décideur reproche au demandeur de ne pas avoir fourni certains éléments de preuve sans les aviser qu'il courait des risques relativement à cette question (*Veres c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 124 (1^{re} inst.)). Suivant le demandeur, la présente affaire suscitait deux attentes légitimes distinctes.

[19] Tout d'abord, le demandeur affirme qu'il pouvait légitimement s'attendre à ce que l'analyste de cas communique avec lui si des renseignements

required. In making this submission, the applicant relied on the following documents:

(1) The letter acknowledging receipt of his application dated August 21, 2004 included the phrases “we will contact you if additional information is required” and “you should receive your new citizenship certificate within 2 or 3 months if no further information is required”;

(2) The CIC’s operational manuals, specifically the guidebook that accompanies section 3, which states: “additional documents may be required during processing your application” and “in these cases you will be contacted for more information or asked to supply additional documents”; and

(3) Chapter CP 10 (titled Proof of Citizenship under section 11.5) deals with delayed registrations of birth and states: “CPC Sydney will contact the client if additional documents are required.”

[20] The applicant submitted that he was never contacted to provide additional information and as such, he was led to believe that he had provided sufficient documentation. Thus, his legitimate expectation was breached when the case analyst refused his application on the basis of a lack of evidence.

(c) Legitimate Expectation No. 2

[21] The second legitimate expectation was on the basis that a number of CIC documents provided that a copy of the adoptive father’s Canadian provincial birth certificate was sufficient to prove his adoptive father’s citizenship. The applicant noted the following documents in support of this submission:

(1) Chapter CP 12 (titled Acceptable Documents under section 1.3) deals with documents acceptable for citizenship applications and then refers to chapter CP 10, section 1.5, which states: “In general, for persons born

complémentaires étaient nécessaires. À l’appui de cet argument, le demandeur invoque les documents suivants :

1) La lettre accusant réception de sa demande du 21 août 2004, dans laquelle on trouve les passages suivants : [TRADUCTION] « nous communiquerons avec vous si nous avons besoin d’autres renseignements » et [TRADUCTION] « vous devriez recevoir votre nouveau certificat de citoyenneté d’ici deux ou trois mois si aucun autre renseignement n’est requis »;

2) Les guides opérationnels de CIC, et plus précisément le manuel qui accompagne l’article 3, dans lequel on trouve les mentions suivantes : « Des documents supplémentaires pourraient vous être demandés pendant le traitement de la demande » et « Dans ce cas, on communiquera avec vous pour obtenir d’autres renseignements ou vous demander d’autres documents »;

3) Le chapitre CP 10 (intitulé « Preuve de citoyenneté ») traite, à la section 11.5, de l’enregistrement différé d’une naissance. On y trouve ce qui suit : « Le CTD de Sydney contactera le client pour toute documentation additionnelle requise. »

[20] Le demandeur affirme qu’on n’a jamais communiqué avec lui pour obtenir un complément d’information, ce qui l’a amené à penser qu’il avait fourni suffisamment de renseignements. Il affirme en conséquence qu’en refusant sa demande en invoquant l’insuffisance de la preuve, l’analyste de cas n’a pas répondu à ses attentes légitimes.

c) Attente légitime n°2

[21] La seconde attente légitime était fondée sur le fait que plusieurs des documents de CIC prévoyaient qu’il suffisait de produire une copie du certificat de naissance provincial canadien du père adoptif pour établir la citoyenneté canadienne de ce dernier. Le demandeur a cité les documents suivants à l’appui de cet argument :

1) Le chapitre CP 12 (dont l’article 1.3 est intitulé Documents acceptables) traite des « documents servant à établir la citoyenneté ». Il renvoie à l’article 1.5 du chapitre CP 10, qui précise que « [e]n général, pour les

in Canada, a provincial or territorial birth certificate ... is an acceptable proof of citizenship.”

(2) Chapter CP 4 (titled Grants under section 5) deals with the documents used to show a parent’s citizenship and states: “Acceptable documents to establish a parent’s citizenship are: ... , a parent’s birth certificate confirming the parent’s birth in Canada”; and

(3) CIC guidebook for section 3 applications, under the section “Documents you must send with your form” states: “If you were born outside Canada to a Canadian parent before February 15, 1977, you must send: ... , proof that your natural father was a Canadian citizen when you were born, i.e., your parents’ Canadian birth certificate or Canadian citizenship certificate.”

[22] The applicant submitted that he provided his adoptive father’s Canadian provincial birth certificate as proof of his adoptive father’s citizenship. Thus, the case analyst’s refusal on the basis of a lack of evidence proving his father’s citizenship was a breach of the applicant’s legitimate expectation.

(d) Error in Finding Insufficient Evidence

[23] The applicant submitted that paragraph 3(1)(e) of the Act states that a person born outside Canada before February 15, 1977 is a Canadian citizen if, under paragraph 5(1)(b) of the former Act [*Canadian Citizenship Act*, R.S.C. 1970, c. C-19], his father was a citizen at the time of the child’s birth and if the birth was registered within two years of its occurrence or within such extended time as the Minister permits. The applicant noted that the definition of a natural-born citizen under paragraph 4(a) of the former Act [*Canadian Citizenship Act*, R.S.C. 1952, c. 33], was “A person born before the 1st day of January, 1947, is a natural-born Canadian citizen (a) if he was born in Canada or on a Canadian ship and had not become an alien before the 1st day of January, 1947”. Furthermore,

personnes nées au Canada, un certificat de naissance provincial ou territorial [...] est accepté comme preuve de citoyenneté ».

2) Le chapitre CP 4 (intitulé Attribution de la citoyenneté en vertu de l’article 5), qui porte sur les documents servant à établir la citoyenneté d’un parent, précise que « les documents acceptables comme preuve de citoyenneté des parents sont les suivants : [...] le certificat de naissance d’un parent, confirmant que le parent est né au Canada »;

3) Le manuel de CIC régissant les demandes présentées en vertu de l’article 3, à la rubrique « Les documents que vous devez annexer au formulaire » précise ce qui suit : « Si vous êtes né(e) à l’extérieur du Canada d’un parent canadien avant le 15 février 1977, vous devez nous faire parvenir : [...] une preuve du fait que votre père naturel était citoyen canadien au moment de votre naissance, comme le certificat de naissance canadien ou le certificat de citoyenneté canadienne de vos parents. »

[22] Le demandeur affirme qu’il a produit le certificat de naissance provincial canadien de son père adoptif comme preuve de la citoyenneté de ce dernier. Le demandeur ajoute qu’en refusant sa demande pour cause d’insuffisance de la preuve, l’analyste de cas n’a pas répondu à ses attentes légitimes.

d) Conclusion erronée au sujet de l’insuffisance de la preuve

[23] Le demandeur signale que l’alinéa 3(1)(e) de la Loi reconnaît la qualité de citoyen à toute personne née à l’étranger qui était habile, au 14 février 1977, à devenir citoyen aux termes de l’alinéa 5(1)(b) de l’ancienne Loi [*Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.R.C. 1970, ch. C-19], c’est-à-dire dont le père était citoyen canadien, à condition que la naissance de l’enfant ait été enregistrée dans les deux ans ou dans le délai prorogé que le ministre peut autoriser. Le demandeur fait observer que l’ancienne Loi définissait comme suit le citoyen canadien de naissance à son alinéa 4a) [*Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.R.C. 1952, ch. 33] : « Une personne, née avant le 1^{er} janvier 1947, est citoyen canadien de naissance a) lorsqu’elle est née au Canada ou sur un navire canadien et n’était pas devenue

the definition of “alien” under section 2 of the *Canadian Citizenship Act*, R.S.C. 1952, c. 33 was “a person who is not a Canadian citizen, Commonwealth citizen, British subject or citizen of the Republic of Ireland.” The applicant submitted that according to these definitions, his father was indeed a natural-born Canadian citizen at the time of the applicant’s birth. Thus, the case analyst erred in making the determination that there was insufficient evidence to prove the father’s Canadian citizenship.

III. Procedural Issues

(a) *Res Judicata*

[24] The applicant submitted that the question of his parents’ citizenship is *res judicata* as it was conceded by the case analyst in the following submissions:

(1) Memorandum to the Minister dated June 12, 2003, wherein it was written “[Mr. Worthington] was adopted at birth by parents who were natural born Canadian citizens. Although both parents resided in the United States for some time, neither parent ever acquired U.S. citizenship”;

(2) Memorandum to the Minister dated May 30, 2005 wherein it was written “He [Mr. Worthington] was adopted at birth by parents who were natural-born Canadian citizens. They remained permanent residents of the United States and did not become U.S. citizens”; and

(3) Case analyst’s affidavit dated March 31, 2004 wherein it was stated “The applicant was not a permanent resident and had never lived in Canada. As such, he was not eligible for a grant of citizenship under section 5(1). However, given his status as an adopted child of Canadian citizens”.

[25] Furthermore, his parents’ citizenship was also previously determined by Madam Justice Layden-Stevenson of this Court in *Worthington*, above, at paragraph 1:

étrangère avant le 1^{er} janvier 1947. » De plus, l’article 2 de la *Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.R.C. 1952, ch. 33, définissait l’« étranger » comme une « personne qui n’est pas un citoyen canadien, un citoyen du Commonwealth, un sujet britannique ou citoyen de la République d’Irlande ». Le demandeur fait valoir que, suivant ces définitions, son père était effectivement un citoyen canadien de naissance lors de la naissance du demandeur. L’analyste de cas a par conséquent commis une erreur en concluant qu’elle ne disposait pas de suffisamment d’éléments de preuve pour établir la citoyenneté canadienne de son père.

III. Questions procédurales

a) *Chose jugée*

[24] Le demandeur affirme que la question de la citoyenneté de ses parents est chose jugée comme l’a admis l’analyste de cas dans les éléments suivants :

1) Note de service adressée au ministre le 12 juin 2003 dans laquelle il était écrit : [TRADUCTION] « M. Worthington a été adopté à la naissance par des parents qui étaient des citoyens canadiens de naissance. Même s’ils ont tous les deux résidé aux États-Unis pendant un certain temps, ni l’un ni l’autre de ses parents n’a jamais acquis la citoyenneté américaine »;

2) Note de service adressée au ministre le 30 mai 2005 dans laquelle il était écrit : [TRADUCTION] « M. Worthington a été adopté à la naissance par des parents qui étaient des citoyens canadiens de naissance. Ils sont demeurés des résidents permanents des États-Unis et ne sont pas devenus des citoyens américains »;

3) Affidavit souscrit le 31 mars 2004 dans lequel l’analyste de cas déclare ce qui suit : [TRADUCTION] « Le demandeur n’était pas un résident permanent et il n’a jamais vécu au Canada. Il était donc inhabile à devenir citoyen aux termes du paragraphe 5(1). Toutefois, compte tenu de son statut d’enfant adoptif de citoyens canadiens ».

[25] Par ailleurs, la juge Layden-Stevenson de notre Cour avait déjà reconnu la citoyenneté de ses parents dans le jugement *Worthington*, précité, au paragraphe 1 :

Duane's birth certificate lists Mr. and Mrs. Worthington as his parents. Frank Worthington, now deceased, was a Canadian citizen, having been born in Grand Forks, British Columbia. Mrs. Worthington is also a Canadian citizen, having been born in Sandon, British Columbia. Both Mr. and Mrs. Worthington resided in the United States but neither of them ever acquired American citizenship.

[26] The applicant submitted that given that his parents' citizenship has already been determined to be Canadian, this issue has become *res judicata*.

(b) Estoppel

[27] The applicant submitted that the respondent is estopped from alleging that his parents' citizenship is otherwise than it has been decided (*Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Lidder*, [1992] 2 F.C. 621 (C.A.)). The applicant submitted that the requirements of estoppel as per *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [2001] 4 F.C. 451 (C.A.), are met in this case: the parents' citizenship was decided in a final judgment, the parties are the same, and the determination was fundamental to the judgment rendered.

(c) Sending the Matter Back for Redetermination

[28] The applicant submitted that sending this case back for reconsideration will not serve any purpose because the respondent has consistently taken the position that children adopted by Canadian parents have no derivative right to Canadian citizenship under paragraph 3(1)(e) of the Act. The applicant also submitted that the Minister has had five different opportunities to resolve this matter, but has refused to do so. In *Popov v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 75 F.T.R. 90 (F.C.T.D.), at page 92, this Court held that the Court need not send the matter back for redetermination where convinced that no real purpose would be served by doing so. Thus, the applicant submitted that the appropriate action is for this Court to make an order in the nature of *mandamus*.

M. et M^{me} Worthington sont inscrits sur le certificat de naissance de Duane en tant que père et mère. Frank Worthington, qui est depuis décédé, était citoyen canadien, étant né à Grand Forks (Colombie-Britannique). M^{me} Worthington, qui est née à Sandon, en Colombie-Britannique, est aussi une citoyenne canadienne. M. et M^{me} Worthington étaient tous deux domiciliés aux États-Unis mais ni l'un ni l'autre n'a jamais obtenu la citoyenneté américaine.

[26] Suivant le demandeur, comme il a déjà été jugé que ses parents ont la citoyenneté canadienne, la question est maintenant chose jugée.

b) Irrecevabilité

[27] Le demandeur affirme que le défendeur est irrecevable à alléguer que la citoyenneté de ses parents est différente de celle qui a été décidée (*Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Lidder*, [1992] 2 C.F. 621 (C.A.)). Le demandeur soutient que les conditions d'application de l'irrecevabilité précisées dans l'arrêt *Bande indienne de Blueberry River c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [2001] 4 C.F. 451 (C.A.), sont réunies dans le cas qui nous occupe : la question de la citoyenneté de ses parents a été tranchée aux termes d'un jugement définitif, les parties sont les mêmes et la conclusion sur laquelle on cherche à fonder l'irrecevabilité constitue un aspect essentiel du jugement rendu.

c) Renvoi de l'affaire pour réexamen

[28] Le demandeur affirme qu'il serait inutile de renvoyer l'affaire pour qu'elle soit réexaminée parce que le défendeur a constamment adopté le point de vue que les enfants adoptifs de parents canadiens ne peuvent présenter une demande de citoyenneté par filiation en vertu de l'alinéa 3(1)e) de la Loi. Le demandeur signale par ailleurs que le ministre a eu, à cinq reprises, l'occasion de trancher la question, mais qu'il a toujours refusé de le faire. Dans le jugement *Popov c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 489 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 1, notre Cour a jugé qu'il n'était pas nécessaire de renvoyer l'affaire pour qu'une nouvelle décision soit rendue lorsqu'elle est convaincue que cette mesure ne serait pas vraiment utile. Le demandeur affirme donc que la mesure que notre Cour doit prendre consiste à rendre une ordonnance de la nature d'un bref de *mandamus*.

IV. Constitutional Issues

[29] In the alternative, the applicant argued that he has a derivative claim to Canadian citizenship through his mother. The applicant submitted that while under paragraph 3(1)(e), claims to citizenship through maternal lineage is only applicable to children born out of wedlock, this section violates the Charter. The applicant noted that the Federal Court of Appeal in *Canada (Attorney General) v. McKenna*, [1999] 1 F.C. 401 (C.A.), held that paragraph 3(1)(e) of the current Act is *prima facie* discriminatory and that the only issue which remains unaddressed is justification under section 1 of the Charter.

(a) Section 15

[30] The applicant then proceeded to assess the constitutionality of paragraph 3(1)(e). As to the first requirement of differential treatment, the applicant submitted that natural children born abroad to Canadian parents have access to automatic citizenship while children born abroad and adopted by Canadian parents are subject to a discretionary grant of citizenship. With regard to the analogous ground on which the discrimination is based, the applicant noted that the courts have already determined that adoption is analogous to an enumerated ground. The applicant then went on to address whether the law in question has a purpose or effect that is discriminatory within the meaning of the equality guarantee. The applicant relied on *McKenna*, above, to state that while equality between natural and adoptive children has gained a substantial amount of momentum, there remains a certain degree of social stigma and the Canadian treatment of adopted children in the context of citizenship is one of these carryovers.

(b) Section 1

[31] The applicant conceded that the objectives of the impugned provision—to provide access to citizenship while establishing and safeguarding the security of Canadian citizens and nation-building—are sufficiently pressing and substantial to warrant limiting a Charter

IV. Questions constitutionnelles

[29] À titre subsidiaire, le demandeur soutient qu'il peut présenter une demande de citoyenneté canadienne par filiation par le biais de sa mère. Il explique que, bien qu'aux termes de l'alinéa 3(1)e), les demandes de citoyenneté fondées sur la filiation maternelle ne s'appliquent qu'aux enfants nés hors des liens du mariage, cet article viole la Charte. Le demandeur signale que, dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. McKenna*, [1999] 1 C.F. 401 (C.A.), la Cour d'appel fédérale a statué que l'alinéa 3(1)e) de la Loi actuelle est à première vue discriminatoire et que la seule question qu'il reste à trancher est celle de la justification par application de l'article premier de la Charte.

a) Article 15

[30] Le demandeur passe ensuite à l'examen de la constitutionnalité de l'alinéa 3(1)e). Pour ce qui est de la première condition, celle relative à la différence de traitement, le demandeur explique que les enfants biologiques nés à l'étranger de parents canadiens ont automatiquement droit à la citoyenneté canadienne, tandis que les enfants adoptifs nés à l'étranger et adoptés par des parents canadiens sont assujettis à un régime d'attribution discrétionnaire de la citoyenneté. En ce qui concerne le motif analogue sur lequel la discrimination est fondée, le demandeur signale que les tribunaux ont déjà décidé que l'adoption est un motif de discrimination analogue aux motifs énumérés. Le demandeur poursuit en examinant la question de savoir si les dispositions législatives en question ont un objet ou un effet discriminatoires au sens de la garantie d'égalité. Le demandeur invoque l'arrêt *McKenna*, précité, pour faire observer que, bien qu'on assiste à une évolution marquée vers l'égalité entre les enfants biologiques et les enfants adoptifs, il existe encore un certain stigmate social et que la façon dont les enfants adoptés sont traités au Canada dans le contexte de la citoyenneté vient du passé.

b) Article premier

[31] Le demandeur reconnaît que les objectifs visés par les dispositions contestées—donner accès à la citoyenneté tout en s'assurant de l'engagement des intéressés envers le Canada et en préservant la sécurité de ses citoyens—sont suffisamment urgents et réels pour

right. However, the applicant submitted that the legislation fails the rational connection requirement. The applicant clarified that the relevant question is not whether requiring an oath and a security check are rational ways of ensuring the above-cited objectives, but yet whether demanding these requirements of only adopted children are. The applicant argued that there simply is no rational connection. The applicant also submitted that paragraph 3(1)(e) completely impairs his protected right to equality. The applicant then submitted that requirements such as requiring the person to be over 18 years of age at the time of the adoption or requiring the adoption to be in the best interests of the child would be a more appropriately justifiable impairment of the applicant's right. The applicant submitted that these requirements could also prevent so-called "adoptions of convenience" and accommodate adopted children who are in the applicant's position.

(c) Remedies

[32] The applicant submitted that on the facts of this case, all the prerequisites for a grant of *mandamus* are met (*Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742 (C.A.)):

- (1) The applicant complied with all the regulatory requirements in applying under section 3 of the Act, and this created a "public legal duty" for the Minister to process the application without discriminating against the applicant;
- (2) the duty was owed to the applicant;
- (3) in light of the applicant's constitutional arguments, the applicant has a right to citizenship;
- (4) the only other remedy is to send the matter back for redetermination and this will not serve any purpose;

justifier la limitation d'un droit garanti par la Charte. Il affirme cependant que les dispositions législatives en cause ne satisfont pas au critère du lien rationnel. Il précise que la question à trancher n'est pas de savoir si l'obligation de prêter serment et de se soumettre à une enquête de sécurité sont des moyens rationnels de s'assurer que les objectifs précités sont atteints, mais bien de savoir si le fait d'astreindre seulement les enfants adoptifs à ces exigences constitue un moyen rationnel. Le demandeur affirme qu'il n'existe tout simplement pas de lien rationnel. Il ajoute que l'alinéa 3(1)e) porte gravement atteinte à son droit à l'égalité garanti par la Charte. Le demandeur ajoute que des obligations comme celle exigeant que l'intéressé ait plus de 18 ans au moment de l'adoption ou que l'adoption soit dans l'intérêt supérieur de l'enfant constitueraient des atteintes aux droits du demandeur qui se justifieraient plus facilement. Le demandeur affirme que ces conditions permettraient également d'empêcher ce qu'on est convenu d'appeler les « adoptions de convenance » et qu'elles tiendraient compte des besoins des enfants se trouvant dans la même situation que lui.

c) Réparations

[32] Le demandeur explique qu'au vu de l'ensemble des faits de l'espèce, toutes les conditions préalables à respecter pour avoir droit à un bref de *mandamus* sont réunies (*Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.)) :

- 1) Le demandeur s'est conformé à toutes les obligations réglementaires auxquelles la présentation de sa demande fondée sur l'article 3 était assujettie, ce qui a créé une « obligation légale d'agir à caractère public » selon laquelle le ministre doit traiter sa demande de manière non discriminatoire;
- 2) Cette obligation existe envers le demandeur;
- 3) Compte tenu des moyens qu'il tire de la Constitution, le demandeur a droit à la citoyenneté;
- 4) La seule autre réparation consisterait à renvoyer l'affaire pour réexamen, ce qui ne serait d'aucune utilité;

(5) the order sought will be of some practical value or effect as it recognizes a constitutionally guaranteed right;

(6) there are no equitable bars to recognizing a constitutionally guaranteed right;

(7) the balance of convenience favours recognizing and remedying the historically disadvantaged position of adopted children; and

(8) the Minister has no discretion in this matter.

5) L'ordonnance sollicitée aura une incidence sur le plan pratique, puisque qu'elle reconnaît un droit garanti par la Constitution;

6) En vertu de l'équité, rien n'empêche de reconnaître un droit garanti par la Constitution;

7) La prépondérance des inconvénients favorise la reconnaissance de la situation historiquement défavorisée des enfants adoptifs et le redressement de cette situation;

8) Le ministre n'a aucun pouvoir discrétionnaire en la matière.

V. Costs

(a) Solicitor-Client Costs

[33] The applicant seeks an award of costs on a solicitor-client basis. The Federal Court—Trial Division in *Koehler v. Warkworth Institution* (1991), 45 F.T.R. 87 (F.C.T.D.), made an award of costs on a solicitor-client basis, payable forthwith, where the tribunal had denied the applicant natural justice despite having been instructed on the law in that area by the Court three months earlier. The applicant relied on the fact that the respondent has brought motion after motion for various extensions of time, failed to properly disclose all materials, and brought unnecessary motions.

Respondent's Submissions

I. Preliminary Issues

(a) Affidavit of Sonia Kociper

[34] The respondent submitted that it is plain and obvious that the affidavit of Sonia Kociper, an associate lawyer at the firm retained by the applicant, is not confined to the associate's personal knowledge as required by rule 81 of the *Federal Courts Rules*. The information in the affidavit is fundamentally hearsay in

V. Dépens

a) Dépens sur une base avocat-client

[33] Le demandeur réclame les dépens sur une base avocat-client. Dans le jugement *Koehler c. Établissement de Warkworth*, [1991] A.C.F. n° 246 (1^{re} inst.) (QL), la Cour fédérale Section de première instance a condamné le défendeur à payer sur-le-champ les dépens sur une base avocat-client. Dans cette affaire, le demandeur avait été victime d'un déni de justice naturelle de la part du tribunal administratif malgré le fait que celui-ci avait reçu des directives de notre Cour trois mois plus tôt sur les règles de droit applicables. Le demandeur se fonde sur le fait que le défendeur a multiplié les requêtes en prorogation de délai, n'a pas communiqué toutes les pièces comme il le devait et a présenté des requêtes inutiles.

Prétentions et moyens du défendeur

I. Questions préliminaires

a) Affidavit de Sonia Kociper

[34] Suivant le défendeur, il est évident que, dans son affidavit, Sonia Kociper, avocate associée du cabinet dont le demandeur a retenu les services, ne s'en tient pas aux faits dont elle a une connaissance personnelle, comme l'exige la règle 81 des *Règles des Cours fédérales*. Les renseignements contenus dans cet

nature, and as such should be assessed with caution and overall accorded minimal weight.

II. Judicial Review Issues

(a) Standard of Review

[35] The respondent submitted that the appropriate standard of review for questions of statutory interpretation and the Charter is correctness (*Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraph 41). The appropriate standard of review for a finding of fact is patent unreasonableness (*Keeprite Workers' Independent Union et al. and Keeprite Productions Ltd. (Re)* (1980), 29 O.R. (2d) 513 (C.A.)).

(b) Legitimate Expectation No. 1

[36] With regard to the applicants' submission that he had a legitimate expectation that the case analyst would contact him if further information was required, the respondent submitted that this argument must fail. The respondent noted that policy manuals clearly indicate that the burden of proof is on an applicant to prove that they are entitled to recognition as a Canadian citizen. There is nothing in the manuals that may be construed to shift the onus onto citizenship officials to seek out information necessary to support an applicant's application (*Ayyalasomayajula v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 248; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460). The respondent noted Chapter CP 10, which states that "the onus is on the applicant to obtain the necessary information from the authorities of the country concerned."

(c) Legitimate Expectation No. 2

[37] With regard to the applicant's submission that he had a legitimate expectation that his adoptive parents' birth certificates were sufficient evidence to prove Canadian citizenship, the respondent submitted this

affidavit constituent essentiellement du oui-dire par nature, de sorte qu'on devrait évaluer cet affidavit avec prudence et lui accorder une valeur minimale.

II. Questions ayant trait au contrôle judiciaire

a) Norme de contrôle

[35] Le défendeur affirme que la norme de contrôle judiciaire appropriée dans le cas des questions d'interprétation des lois et de la Charte est celle de la décision correcte (*Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, au paragraphe 41). La norme de contrôle judiciaire appropriée dans le cas des conclusions de fait est celle de la décision manifestement déraisonnable (*Keeprite Workers' Independent Union et al. and Keeprite Productions Ltd. (Re)* (1980), 29 O.R. (2d) 513 (C.A.)).

b) Attente légitime n°1

[36] En ce qui concerne l'argument du demandeur suivant lequel il pouvait légitimement s'attendre à ce que l'analyste de cas communique avec lui si des renseignements complémentaires étaient nécessaires, le défendeur affirme que cet argument est mal fondé. Le défendeur fait observer qu'il ressort à l'évidence des guides des politiques que c'est au demandeur qu'il incombe de démontrer qu'il a le droit d'être reconnu comme citoyen canadien. Il n'y a rien dans les guides qui permettrait de penser qu'il y a un déplacement du fardeau de la preuve qui ferait en sorte qu'il incomberait aux autorités de la citoyenneté de chercher à obtenir les renseignements nécessaires pour appuyer la demande du demandeur (*Ayyalasomayajula c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 248; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460). Le défendeur cite le chapitre CP10, où l'on trouve l'affirmation suivante : « Il incombe au demandeur d'obtenir l'information nécessaire des autorités du pays concerné. »

c) Attente légitime n°2

[37] En ce qui concerne l'argument du demandeur suivant lequel il pouvait légitimement s'attendre à ce qu'une copie du certificat de naissance provincial canadien du père adoptif soit une preuve suffisante pour

argument must also fail. The respondent submitted that the applicant has not shown that he could have any expectation that he would not have to prove the necessary elements of his case. The respondent argued that no Canadian government official made any representation to the applicant that by submitting birth certificates, his parents' citizenship would be established. Once again, the respondent noted that policy manuals are only a guide on the "minimum" documentation required to establish Canadian citizenship. In no way do these policy manuals give rise to legitimate expectations.

(d) Error in Finding Insufficient Evidence

[38] The respondent submitted that the case analyst's decision that there was insufficient evidence to demonstrate that the applicant's parents were citizens at the time of the applicant's adoption is in no way patently unreasonable given:

- The adoptive parents might have been American citizens at birth derivatively through their American parents;
- The adoptive father represented himself to be an American citizen to the public at large; and
- No evidence was produced for the adoptive father, as was for the adoptive mother, other than a Canadian provincial birth certificate.

[39] Furthermore, the respondent submitted that paragraph 4(a) of the former Act [R.S.C. 1952, c. 33] provided that a person born before January 1, 1947, was a natural-born Canadian citizen "if" they were born in Canada or on a Canadian ship and "if" they were not an "alien" before January 1, 1947. As there were facts before the case analyst suggesting that the applicant's adoptive father could have been an "alien", her decision was not patently unreasonable.

établir la citoyenneté canadienne, le défendeur affirme que cet argument est également mal fondé. Le défendeur affirme que le demandeur n'a pas démontré qu'il ne pouvait s'attendre à ne pas avoir à établir les éléments essentiels de sa cause. Le défendeur soutient qu'aucun représentant du gouvernement canadien n'a jamais laissé entendre au demandeur qu'il lui suffisait de produire le certificat de naissance de ses parents pour établir la citoyenneté de ces derniers. Le défendeur rappelle que les guides des politiques ne renferment que des indications sur la documentation « minimale » requise pour établir la citoyenneté canadienne. Les guides des politiques en question ne sauraient d'aucune façon susciter des attentes légitimes.

d) Conclusion erronée au sujet de l'insuffisance de la preuve

[38] Le défendeur affirme qu'on ne peut nullement qualifier de manifestement déraisonnable la décision de l'analyste de cas suivant laquelle il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour démontrer que les parents du demandeur avaient la citoyenneté canadienne au moment de l'adoption du demandeur, compte tenu des facteurs suivants :

- Les parents adoptifs auraient pu être des citoyens américains par filiation à la naissance par le biais de leurs parents américains;
- Le père adoptif se présentait au grand public comme étant un citoyen américain;
- Le seul élément de preuve qui a été produit pour établir la citoyenneté du père adoptif, ainsi que de la mère adoptive, était un certificat de naissance provincial canadien.

[39] Le défendeur rappelle par ailleurs que l'alinéa 4a) de l'ancienne Loi [S.R.C. 1952, ch. 33] prévoyait que toute personne née avant le 1^{er} janvier 1947 était citoyen canadien de naissance « lorsqu'elle » était née au Canada ou sur un navire canadien et n'était pas devenue « étrangère » avant le 1^{er} janvier 1947. Comme l'analyste de cas disposait de faits qui permettaient de penser que le père adoptif du demandeur pouvait être un « étranger », sa décision n'était pas manifestement déraisonnable.

III. Procedural Issues

(a) Res Judicata

[40] The respondent submitted that the issue of the applicant's parents' Canadian citizenship is not *res judicata*. Firstly, the respondent submitted that there is no evidence that any Canadian government official made any representation to the applicant in the context of processing his application that his adoptive parents were Canadian citizens. Secondly, the respondent submitted that this Court has never made any determinations on the citizenship status of the applicant's adoptive parents. And lastly, the respondent submitted that any erroneous statements made by a government official in the context of the first judicial review were innocent and collateral to the issues before the Court.

(b) Estoppel

[41] The respondent submitted that the doctrine of estoppel does not apply as it cannot interfere with the proper administration of law.

(c) Sending the Matter Back for Redetermination

[42] The respondent submitted that should the Court determine that a legitimate expectation existed, the appropriate course of action would be to allow the judicial review on this ground and refer the matter back for redetermination on this issue, and not to address the constitutional issue.

IV. Constitutional Issues

(a) Section 15

[43] The respondent submitted that the applicant lacks the necessary standing to bring a Charter challenge as he has not proven that his adoptive father was a Canadian citizen at the time of the applicant's birth or adoption. Thus, he would not have a right to citizenship under section 3 even if it were found to be unconstitutional. The respondent also submitted that the applicant's submission that he has a derivative claim to citizenship

III. Questions procédurales

a) Chose jugée

[40] Le défendeur affirme que la question de la citoyenneté canadienne des parents du demandeur n'est pas chose jugée. Premièrement, le défendeur soutient que rien ne permet de penser qu'un représentant du gouvernement canadien a laissé entendre au demandeur lors de l'examen de sa demande que ses parents adoptifs avaient la citoyenneté canadienne. Deuxièmement, le défendeur affirme que notre Cour ne s'est jamais prononcée sur la question de la citoyenneté des parents adoptifs du demandeur. Enfin, le défendeur affirme que les déclarations inexactes qui ont été faites par un représentant du gouvernement dans le cadre du premier contrôle judiciaire ont été faites de bonne foi et étaient secondaires par rapport aux questions litigieuses que la Cour était appelée à trancher.

b) Irrecevabilité

[41] Suivant le défendeur, le principe d'irrecevabilité ne s'applique pas, car on ne saurait permettre qu'il entrave la bonne administration de la justice.

c) Renvoi de l'affaire pour réexamen

[42] Le défendeur affirme que, si la Cour conclut qu'il existait des attentes légitimes, la mesure à prendre consisterait à faire droit à la demande de contrôle judiciaire sur ce moyen et à renvoyer l'affaire pour qu'elle soit réexaminée sur cette question, sans aborder la question constitutionnelle.

IV. Questions constitutionnelles

a) Article 15

[43] Le défendeur affirme que le demandeur n'a pas la qualité nécessaire pour introduire une contestation fondée sur la Charte étant donné qu'il n'a pas prouvé que son père adoptif était un citoyen canadien au moment de sa naissance ou de son adoption. Il n'aurait donc pas droit à la citoyenneté en vertu de l'article 3 même si cet article était jugé inconstitutionnel. Le défendeur soutient également que l'argument du demandeur qu'il peut

based on his mother's citizenship is unfounded as her citizenship has also not been determined. The respondent also noted the Supreme Court's holding that section 15 Charter rights are personal in nature (*R v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933). The respondent submitted that the applicant has as of yet not demonstrated that he has any personal connection to any claim of citizenship under paragraph 3(1)(e) of the Act because such a claim requires the finding that his father or mother was indeed a Canadian citizen at the time of his birth or adoption.

[44] The respondent also submitted that the applicant is asking the Court to apply the Charter retroactively, a concept the Supreme Court of Canada has held cannot be done (*Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358). The respondent argued that the applicant's complaint is against the effects that flowed from the former Act, not the current *Citizenship Act*. The respondent distinguished this case from that of *Benner*, above, on the basis that that case dealt with a constitutional challenge to the 1977 *Citizenship Act* [S.C. 1974-75-76, c. 108], not the 1947 *Canadian Citizenship Act*.

[45] The respondent claimed that the applicant rested his case almost exclusively on legal submissions from the Supreme Court's decision in *Benner*, above, and the Court of Appeal in *McKenna*, above. The respondent submitted that this Charter challenge should not be entertained as it is made in a factual and legal vacuum, and this could have the effect of trivializing the Charter.

[46] The respondent then addressed whether a violation of section 15 of the Charter had occurred. The respondent submitted that although paragraph 3(1)(e) does not treat all persons identically, it does not give rise to differential treatment based on personal characteristics. The respondent noted that the group of persons not captured under paragraph 3(1)(e) is very broad and diverse. Furthermore, the respondent submitted that the comparator group proposed by the applicant simply cannot hold. The respondent argued

présenter une demande de citoyenneté par filiation en se fondant sur la citoyenneté de sa mère est mal fondé étant donné qu'aucune décision n'a encore été rendue au sujet de la citoyenneté de sa mère. Le défendeur signale par ailleurs que la Cour suprême a jugé que les droits garantis à l'article 15 de la Charte sont de nature personnelle (*R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933). Le défendeur fait valoir que le demandeur n'a pas encore démontré qu'il avait un lien personnalisé avec un des motifs prévus à l'alinéa 3(1)e de la Loi qui lui permettrait de revendiquer la citoyenneté parce qu'il est nécessaire de conclure que son père ou sa mère avait effectivement la citoyenneté canadienne au moment de sa naissance ou de son adoption.

[44] Le défendeur signale par ailleurs que le demandeur invite la Cour à appliquer la Charte rétroactivement, un procédé que la Cour suprême du Canada a écarté (*Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358). Le défendeur affirme que, ce dont le demandeur se plaint, ce sont les conséquences découlant de l'ancienne Loi, et non de la *Loi sur la citoyenneté* actuelle. Le défendeur établit une distinction entre la présente espèce et l'affaire *Benner*, précitée, en faisant valoir que cette dernière portait sur une contestation de la constitutionnalité de la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 [S.C. 1974-75-76, ch. 108], et non sur la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947.

[45] Le défendeur affirme que le demandeur fait reposer sa thèse presque exclusivement sur des moyens de droit tirés de l'arrêt *Benner*, précité, de la Cour suprême, et de l'arrêt *McKenna*, précité, de la Cour d'appel. Suivant le défendeur, la Cour ne peut connaître de cette contestation fondée sur la Charte car elle repose sur un vide factuel et légal, ce qui aurait pour effet de banaliser la Charte.

[46] Le défendeur s'est ensuite demandé s'il y avait eu contravention à l'article 15 de la Charte. Le défendeur affirme que, bien que l'alinéa 3(1)e ne traite pas tout le monde sur un pied d'égalité, il ne donne pas pour autant lieu à une différence de traitement fondée sur des caractéristiques personnelles. Le défendeur signale que la catégorie de personnes qui ne tombent pas sous le coup de l'alinéa 3(1)e est vaste et diversifiée. Le défendeur ajoute que le groupe de comparaison proposé par le demandeur ne tient tout simplement pas. Le

that comparing “foreign children who are adopted in foreign countries by Canadians residing abroad” to “foreign children born to Canadians residing abroad” is wrong as these groups are not in the same situation by virtue of the fact that adoption is a legal process. Foreign children are by and large citizens of their country of birth, and are subject to that country’s laws, including adoption laws. Moreover, granting automatic citizenship could potentially remove the foreign-born adopted child’s existing citizenship since dual citizenship is still not currently recognized by all countries. Furthermore, the respondent submitted that it cannot be assumed that all adoption processes are uniform, or that Canada recognizes all foreign adoptions. Canada has a legitimate interest in protecting the best interests of the child and in preventing “adoptions of convenience.” The respondent submitted that foreign children adopted outside of Canada by Canadians have special needs that Parliament has sought to address through the provisions of the *Citizenship Act*.

(b) Section 1

[47] The respondent submitted that the *Citizenship Act* is Parliament’s mechanism for ensuring some form of connection between Canada and its citizens. Furthermore, the legislation clearly contemplates that foreign-born children adopted by Canadian citizens will be given citizenship through the “granting” mechanism under section 5 of the Act. The respondent noted a number of pressing and substantial concerns including ensuring the best interests of the child, preventing “adoptions of convenience,” and fulfilling international obligations such as under The Hague *Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption* [May 29, 1993, [1997] Can. T.S. No. 12].

[48] The respondent submitted that the legislative means are rationally connected to the objective; they ensure that the best interests of the adopted child are considered and prevent the abuse of intercountry adoptions for immigration purposes. Furthermore, the respondent submitted that the current scheme reflects a

défendeur explique qu’on ne peut comparer « les enfants étrangers qui sont adoptés à l’étranger par des Canadiens résidant à l’étranger » aux « enfants étrangers nés de Canadiens résidant à l’étranger » parce que ces groupes ne se trouvent pas dans la même situation en raison du fait que l’adoption est une procédure prévue par la loi. Les enfants étrangers sont pour la plupart des citoyens de leur pays par la naissance et sont sujets aux lois de ce pays, y compris celles ayant trait à l’adoption. Qui plus est, attribuer automatiquement la citoyenneté risquerait de faire perdre leur citoyenneté aux enfants adoptifs nés à l’étranger, étant donné que la double citoyenneté n’est pas encore reconnue par tous les États. Le défendeur ajoute qu’on ne peut présumer que la procédure d’adoption est la même partout, ou encore que le Canada reconnaît toutes les adoptions faites à l’étranger. Le Canada a un intérêt légitime à protéger l’intérêt supérieur de l’enfant et à empêcher les « adoptions de convenance ». Le défendeur ajoute que les enfants étrangers adoptés hors du Canada par des Canadiens ont des besoins spéciaux dont le législateur fédéral a cherché à tenir compte dans la *Loi sur la citoyenneté*.

b) Article premier

[47] Le défendeur fait valoir que la *Loi sur la citoyenneté* est le mécanisme qu’a retenu le législateur fédéral pour s’assurer qu’il existe un certain lien entre le Canada et ses citoyens. La Loi prévoit par ailleurs clairement que les enfants nés à l’étranger et qui sont adoptés par des citoyens canadiens se voient accorder la citoyenneté par le mécanisme d’« attribution » prévu à l’article 5 de la Loi. Le défendeur a énuméré un certain nombre de préoccupations urgentes et réelles, notamment le souci d’assurer l’intérêt supérieur de l’enfant et d’empêcher les « adoptions de convenance » et la nécessité de remplir les obligations internationales contractées par le Canada, notamment aux termes de la *Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale* de La Haye [29 mai 1993, [1997] R.T. Can. n° 12].

[48] Le défendeur affirme qu’il existe un lien rationnel entre les moyens législatifs choisis et la réalisation de l’objectif visé : les mesures législatives garantissent que l’on tient compte de l’intérêt supérieur de l’enfant adoptif et elles empêchent les adoptions internationales abusives visant à faciliter l’immigration.

practical reality: while the provinces are responsible for adoption, the federal government is in the best position to investigate whether an adoption is *bona fide*.

[49] The respondent also submitted that the applicant's contention that paragraph 3(1)(e) results in a "complete impairment" of his rights, completely disregards the "granting" provision under section 5 of the Act. Courts should not find provisions overbroad solely because an alternative which might be less intrusive can be conceived of (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199). The respondent then noted that when compared to other jurisdictions, Canada's scheme is described as an "as-of-right-model", and not a "discretionary" model which exists in countries such as Britain, France, and Germany. Furthermore, the United States has a similar scheme to that of Canada in that foreign adopted children must still go through United States Citizenship and Immigration Service processing.

[50] Finally, the respondent submitted that any deleterious effects caused by the requirement that these children apply for citizenship through the "granting" provision in section 5 is small in comparison to the important objectives that the current scheme fulfills. The respondent submitted that this is especially true given that in the area of 90% of visas for children born abroad and adopted by or to be adopted by Canadians are usually approved. Furthermore, these children upon arrival to Canada are eligible for a grant of citizenship under section 5 of the Act.

(c) Remedies

[51] The respondent submitted that the applicant failed to identify a solution that would remedy the situation. The respondent also submitted that the applicant is not entitled to *mandamus* as the respondent acted in accordance with the law in refusing the application.

Le défendeur ajoute que le régime actuel correspond à une réalité pratique : alors que les provinces sont chargées de l'adoption, c'est le gouvernement fédéral qui est le mieux placé pour vérifier l'authenticité d'une adoption.

[49] Le défendeur affirme également que l'argument du demandeur suivant lequel l'alinéa 3(1)(e) a pour effet de « porter gravement atteinte » à ses droits méconnaît totalement les dispositions de l'article 5 de la Loi relatives à l'« attribution de citoyenneté ». Les tribunaux ne devraient pas conclure qu'une loi a une portée trop générale simplement parce qu'on peut songer à une solution de rechange beaucoup moins attentatoire (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199). Le défendeur signale par ailleurs qu'à la différence de celui qui existe dans d'autres pays, le régime canadien est qualifié de modèle « de plein droit » et non de modèle « discrétionnaire » comme celui qui existe dans des pays comme la Grande-Bretagne, la France et l'Allemagne. De plus, les États-Unis ont un système qui ressemble à celui du Canada étant donné que les enfants adoptés à l'étranger doivent quand même se soumettre aux formalités du Service américain de la Citoyenneté et de l'Immigration.

[50] Enfin, le défendeur affirme que les effets préjudiciables causés par l'obligation faite aux enfants en question de demander la citoyenneté par le truchement des dispositions de l'article 5 relatives à l'« attribution de citoyenneté » sont minimes par rapport aux objectifs importants que la régime actuel vise. Le défendeur ajoute que cela est d'autant plus vrai si l'on tient compte du fait que près de 90 p. 100 des visas concernant des enfants nés à l'étranger et adoptés ou à adopter par des Canadiens sont habituellement accordés. De plus, à leur arrivée au Canada, ces enfants sont habiles à devenir citoyens en vertu de l'article 5 de la Loi.

c) Réparations

[51] Le défendeur affirme que le demandeur n'a pas suggéré de solution pour corriger la situation. Le défendeur affirme également que le demandeur n'a pas droit à un bref de *mandamus* étant donné que le défendeur a agi conformément à la loi en refusant la

Moreover, the respondent noted that the declaration sought would be the equivalent of asking that paragraph 3(1)(e) be struck without identifying a section that would give the applicant access to citizenship on the grounds he seeks. Reading into paragraph 5(b) of the former 1947 *Canadian Citizenship Act* constitutes an impermissible retroactive application of the Charter and simply cannot be done.

V. Costs

(a) Solicitor-Client Costs

[52] The respondent submitted that the applicant has failed to demonstrate that entitlement to any costs or that solicitor-client costs should be awarded.

Analysis and Decision

I. Preliminary Issues

(a) Does the applicant's affidavit of Sonia Kociper violate rule 81 of the *Federal Courts Rules*?

[53] The respondent submitted that the applicant's supporting affidavit of Sonia Kociper, an associate at the law firm representing the applicant, violates rule 81 of the *Federal Courts Rules*. I should mention that the determination of this issue is not detrimental to this application for judicial review as the majority of the information provided in Sonia Kociper's affidavit is also found in the affidavit of Duane Edward Worthington and the certified tribunal record. Nonetheless, I feel the need to address the argument raised by the respondent.

[54] The general requirement of rule 81 is that affidavits be confined to the personal knowledge of the deponent. In *Moldeveanu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 1 Imm. L.R. (3d) 105, the Federal Court of Appeal held that facts which do not appear on the record and which are within the knowledge of the applicant cannot be put in evidence by

demande. Le défendeur fait en outre observer que le jugement déclaratoire réclamé équivaudrait à demander l'invalidation de l'alinéa 3(1)e sans citer de disposition qui permettrait au demandeur d'obtenir la citoyenneté pour les motifs qu'il invoque. Interpoler des mots à l'alinéa 5b) de l'ancienne *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947 constitue une application rétroactive de la Charte, un procédé qui n'est tout simplement pas permis.

V. Dépens

a) Dépens sur une base avocat-client

[52] Le défendeur affirme que le demandeur n'a pas démontré qu'il avait droit à quelques dépens que ce soit ou encore que la Cour devrait lui adjuger les dépens sur une base avocat-client.

Analyse et décision

I. Questions préliminaires

a) L'affidavit de Sonia Kociper soumis par le demandeur contrevient-il à la règle 81 des *Règles des Cours fédérales*?

[53] Le défendeur affirme que l'affidavit souscrit à l'appui de la demande par Sonia Kociper, avocate associée du cabinet qui représente le demandeur, viole la règle 81 des *Règles des Cours fédérales*. Je tiens à signaler que la réponse qui sera donnée à cette question n'est pas préjudiciable à la présente demande de contrôle judiciaire, car la plus grande partie des renseignements communiqués par Sonia Kociper dans son affidavit se retrouvent également dans l'affidavit souscrit par Duane Edward Worthington ainsi que dans le dossier certifié du tribunal. J'estime toutefois qu'il est nécessaire d'examiner l'argument soulevé par le défendeur.

[54] La règle 81 des *Règles des Cours fédérales* exige essentiellement que le déclarant s'en tienne aux faits dont il a une connaissance personnelle. Dans l'arrêt *Moldeveanu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 55 (QL), la Cour d'appel fédérale a jugé que les faits qui ne figurent pas au dossier et dont le demandeur avait une

the affidavit of a third person who has no personal knowledge of those facts. This would simply violate the requirement of personal knowledge.

[55] The applicant is well aware of this requirement. In fact, in *Worthington*, above, Madam Justice Layden-Stevenson of this Court held, at paragraph 26:

The supporting affidavit is that of a solicitor from the law firm representing the applicants. While that is not necessarily fatal to an application for judicial review, in this instance it results in a clear violation of Rule 8[1] of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, as am. (the Rules). The deponent does not have personal knowledge of much of the information that he has sworn to in the affidavit.

[56] Having reviewed the affidavit of Sonia Kociper, I am of the opinion that the situation before this Court is the same as above.

[57] Consequently, I agree with the respondent that the affidavit shall be assessed with caution and overall accorded minimal weight.

II. Judicial Review Issues

(a) What is the appropriate standard of review?

[58] Issues of procedural fairness are reviewable on the standard of correctness. Issues involving the Charter are also reviewable on a standard of correctness. Regarding the question of whether the case analyst erred in finding that there was insufficient evidence to make a determination on the applicant's adoptive parents' citizenship, we must apply the standard of review analysis to determine the appropriate standard of review.

[59] There is no privative clause in the *Citizenship Act*. This is a neutral factor.

connaissance personnelle ne peuvent être mis en preuve par le biais de l'affidavit souscrit par un tiers qui n'est pas personnellement au courant de ces faits, au risque de porter atteinte au principe de la connaissance personnelle.

[55] Le demandeur est bien au courant de cette exigence. En fait, dans le jugement *Worthington*, précité, notre Cour a déclaré, sous la plume de la juge Layden-Stevenson, au paragraphe 26 :

L'affidavit qui a été produit à l'appui de la demande est celui de l'avocat du cabinet qui représente les demandeurs. Bien que cette lacune ne porte pas nécessairement un coup fatal à la demande de contrôle judiciaire, en l'espèce, elle constitue une nette violation de l'article 81 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, modifiées (les Règles). Le déclarant n'a en effet pas une connaissance personnelle d'une grande partie des faits qu'il relate dans son affidavit.

[56] Après avoir examiné l'affidavit de Sonia Kociper, je suis d'avis que la situation soumise à la Cour est la même que celle qui existait dans l'affaire précitée.

[57] En conséquence, je suis d'accord avec le défendeur pour dire que l'affidavit doit être évalué avec prudence et qu'on doit dans l'ensemble lui accorder une valeur minimale.

II. Questions ayant trait au contrôle judiciaire

a) Quelle est la norme de contrôle judiciaire appropriée?

[58] Les questions d'équité procédurale sont assujetties à la norme de contrôle de la décision correcte. Il en va de même pour les questions relatives à la Charte. Pour ce qui est de la question de savoir si l'analyste de cas a commis une erreur en concluant qu'elle ne disposait pas de suffisamment d'éléments de preuve pour se prononcer sur la citoyenneté des parents adoptifs du demandeur, il nous faut appliquer l'analyse relative à la norme de contrôle judiciaire pour déterminer la norme de contrôle judiciaire appropriée.

[59] La *Loi sur la citoyenneté* ne renferme pas de clause privative. Il s'agit donc d'un facteur neutre.

[60] As to the nature of the question, the question at issue is whether or not the case analyst erred in finding that there was insufficient evidence to make a determination on the applicant's adoptive parents' citizenship. I am of the opinion that the question of whether or not sufficient evidence exists to make a determination is one of mixed fact and law. A mid-level of deference is warranted.

[61] The expertise of a case analyst is to analyse the evidence before them in relation to citizenship applications and to make determinations as required under the Act. The sufficiency of evidence in order to make a determination is directly within the expertise of citizenship case analysts. This factor warrants more deference.

[62] As to the purpose of the Act and section, in *Lam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 164 F.T.R. 177 (F.C.T.D.), at paragraph 20, the Court held that the Act in question deals with "the requirements and application procedures for citizenship, the loss and resumption of citizenship and measures applicable where national security considerations are in issue." The purpose of section 3 of the Act is to provide automatic citizenship to those who meet the legal requirements of the section.

[63] I am of the view that the appropriate standard of review for the question of sufficiency of evidence to make a determination is reasonableness.

(b) Did the applicant have a legitimate expectation that he would be contacted by the case analyst if more information was needed? Was this legitimate expectation violated?

[64] The applicant submitted that he had a legitimate expectation that the case analyst would contact him if further information was required to fulfill the requirements of his application. The Supreme Court of Canada in *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*,

[60] Quant à la nature de la question, il s'agit en l'espèce de savoir si l'analyste de cas a commis une erreur en concluant qu'elle ne disposait pas de suffisamment d'éléments de preuve pour se prononcer sur la citoyenneté des parents adoptifs du demandeur. Je suis d'avis que la question de savoir s'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour pouvoir trancher la question est une question mixte de fait et de droit, qui commande un degré de retenue modéré.

[61] L'expertise des analystes de cas consiste à analyser les éléments de preuve qui leur sont soumis à l'appui des demandes de citoyenneté et de prendre les décisions que la Loi les oblige à prendre. La question de savoir si les éléments de preuve dont ils disposent sont suffisants pour leur permettre de prendre une décision est une question qui relève directement de l'expertise des analystes de cas en matière de citoyenneté. Ce facteur commande un degré de retenue plus élevé.

[62] Quant à l'objet de la Loi et de l'article en cause, dans le jugement *Lam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 410 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 20, la Cour a expliqué que la *Loi sur la citoyenneté* est une loi concernant « les conditions d'attribution de la citoyenneté et les formalités à suivre à cet égard, la perte de la citoyenneté et la réintégration dans la citoyenneté, et les mesures applicables lorsque des questions de sécurité nationale sont en jeu ». L'article 3 de la Loi a pour objet d'attribuer automatiquement la citoyenneté aux personnes qui remplissent les conditions légales prévues à cet article.

[63] Je suis d'avis que c'est la norme de contrôle judiciaire de la décision correcte qui s'applique lorsqu'il s'agit de savoir s'il existe suffisamment d'éléments de preuve pour rendre une décision.

b) Le demandeur pouvait-il légitimement s'attendre à ce que l'analyste de cas communique avec lui si elle avait besoin de renseignements complémentaires? A-t-il été frustré dans cette attente légitime?

[64] Le demandeur affirme qu'il s'attendait légitimement à ce que l'analyste de cas communique avec lui si elle avait besoin de renseignements complémentaires pour compléter l'examen de sa demande. Dans l'arrêt *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du*

[2003] 1 S.C.R. 539, at paragraph 131 provided the following articulation of the doctrine of legitimate expectation:

The doctrine of legitimate expectation is “an extension of the rules of natural justice and procedural fairness”: *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at p. 557. It looks to the conduct of a Minister or other public authority in the exercise of a discretionary power including established practices, conduct or representations that can be characterized as clear, unambiguous and unqualified, that has induced in the complainants (here the unions) a reasonable expectation that they will retain a benefit or be consulted before a contrary decision is taken. To be “legitimate”, such expectations must not conflict with a statutory duty. See: *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; *Baker, supra*; *Mount Sinai, supra*, at para. 29; *Brown and Evans, supra*, at para. 7:2431. Where the conditions for its application are satisfied, the Court may grant appropriate procedural remedies to respond to the “legitimate” expectation.

In a letter dated August 21, 2004 confirming receipt of the applicant’s application, the Case Processing Centre in Sydney included the following phrase: “we will contact you if additional information is required.”

[65] In my opinion this was a clear, unambiguous and unqualified promise that a certain action would be taken by the responsible government official, if further information was required. The promise made was procedural in nature, not substantive. Furthermore, there appears to be proof that the applicant relied on this promise to his detriment.

[66] The respondent submitted that the alleged promise cannot be accepted as the citizenship policy manuals clearly indicate that the burden of proof is on the applicant to prove that they are entitled to recognition as a Canadian citizen. Furthermore, the respondent submitted that there is no duty on an officer to inform a claimant regarding the strength of their application. In making these submissions, the respondent relied on *Ayyalasomayajula*, above and *Danyluk*, above. In my opinion, these cases are not comparable as neither of them dealt with the doctrine of legitimate expectation.

Travail), [2003] 1 R.C.S. 539, au paragraphe 131, la Cour suprême du Canada a exposé comme suit la règle de l’expectative (ou attente) légitime :

La règle de l’expectative légitime est « le prolongement des règles de justice naturelle et de l’équité procédurale » : *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, p. 557. Elle s’attache à la conduite d’un ministre ou d’une autre autorité publique dans l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire — y compris les pratiques établies, la conduite ou les affirmations qui peuvent être qualifiées de claires, nettes et explicites — qui a fait naître chez les plaignants (en l’espèce, les syndicats) l’expectative raisonnable qu’ils conserveront un avantage ou qu’ils seront consultés avant que soit rendue une décision contraire. Pour être « légitime », une telle expectative ne doit pas être incompatible avec une obligation imposée par la loi. Voir : *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *Baker*, précité; *Mont-Sinai*, précité, par. 29; *Brown et Evans, op. cit.*, par. 7:2431. Lorsque les conditions d’application de la règle sont remplies, la cour peut accorder une réparation procédurale convenable pour répondre à l’expectative « légitime ».

Dans une lettre du 21 août 2004 accusant réception de la demande du demandeur, le Centre de traitement des demandes de CIC à Sydney précisait ce qui suit : [TRADUCTION] « on communiquera avec vous pour obtenir d’autres renseignements. »

[65] Il s’agit là, à mon avis, d’une promesse claire, nette et explicite que le représentant officiel du gouvernement prendrait une mesure déterminée si de plus amples renseignements s’avéraient nécessaires. Cette promesse touchait à la procédure, et non au fond. Il semble par ailleurs qu’il existe des éléments de preuve suivant lesquels le demandeur s’est fié à cette promesse à son détriment.

[66] Le défendeur affirme que la présumée promesse ne peut être acceptée puisque les guides des politiques en matière de citoyenneté indiquent clairement que c’est au demandeur qu’il incombe de démontrer qu’il a le droit d’être reconnu comme citoyen canadien. Le défendeur affirme en outre que le fonctionnaire n’a pas l’obligation d’informer le demandeur de la solidité de sa demande. À l’appui de ces arguments, le défendeur invoque les décisions *Ayyalasomayajula*, précitée, et *Danyluk*, précitée. À mon avis, ces décisions ne sont pas comparables car ni l’une ni l’autre ne porte sur le principe des attentes légitimes.

[67] While I agree that the onus is on the applicant to provide sufficient documentation, I believe that the above promise is not necessarily contrary to this onus. The applicant bears the onus of providing sufficient documentation, but if the case analyst requires more information to render a decision, they have a responsibility based on the above-articulated representation to contact the applicant. Consequently, I am of the opinion that the applicant did have a legitimate expectation that he would be contacted if further information was required. This legitimate expectation was subsequently breached by the case analyst when she rendered her decision refusing to grant citizenship on the basis of insufficient information. The application for judicial review would succeed on this ground.

(c) Did the applicant have a legitimate expectation that by submitting a copy of his adoptive father's Canadian provincial birth certificate, the requirement to prove his adoptive father's citizenship had been met? Was this legitimate expectation violated?

[68] Having provided the legal requirements of the doctrine of legitimate expectation, above, I will now proceed to evaluate the applicant's second claim of legitimate expectation. The applicant claims that the citizenship policy manuals and guidebooks provided to him gave him reason to believe that by providing solely his father's Canadian provincial birth certificate, the requirement to prove his father's citizenship was automatically satisfied. The specific representations that the applicant relies on are as follows:

(1) Chapter CP 12 (titled Acceptable Documents under section 1.3) deals with documents acceptable for citizenship applications and states: "Documents used to establish citizenship": and then refers to chapter CP 10, section 1.5, which states: "In general, for persons born in Canada, a provincial or territorial birth certificate ... is an acceptable proof of citizenship."

(2) Chapter CP 4 (titled Grants under section 5) deals with the documents used to show a parent's citizenship

[67] Bien que je convienne qu'il incombe au demandeur de fournir des documents suffisants, j'estime que la promesse susmentionnée ne va pas nécessairement à l'encontre de ce fardeau de la preuve. Il incombe au demandeur de fournir des documents suffisants, mais si l'analyste de cas a besoin de plus de renseignements pour rendre sa décision, il doit communiquer avec le demandeur, si l'on se fie à la promesse susmentionnée. J'estime en conséquence que le demandeur pouvait légitimement s'attendre à ce que l'on communique avec lui si l'on avait besoin de renseignements complémentaires. L'analyste a par la suite fait défaut de répondre à cette attente légitime lorsqu'elle a décidé de refuser d'attribuer la citoyenneté en invoquant le manque de renseignements. Il y a lieu d'accueillir la demande de contrôle judiciaire sur ce moyen.

c) Le demandeur pouvait-il légitimement s'attendre à ce qu'en soumettant une copie du certificat provincial de naissance de son père canadien adoptif, il satisfasse à son obligation de prouver la citoyenneté canadienne de son père adoptif? A-t-il été frustré dans cette attente légitime?

[68] Ayant exposé les conditions prévues par la loi pour que le principe des attentes légitimes s'applique, je vais maintenant évaluer le second moyen que le demandeur tire des attentes légitimes. Le demandeur affirme que les guides des politiques en matière de citoyenneté lui donnaient des raisons de penser qu'il suffisait de produire une copie du certificat de naissance provincial canadien de son père adoptif pour satisfaire automatiquement à l'obligation relative à l'établissement de la citoyenneté canadienne de son père. Le demandeur cite plus précisément les documents suivants à l'appui de cet argument :

1) Le chapitre CP 12 (dont l'article 1.3 est intitulé Documents acceptables) traite des « documents servant à établir la citoyenneté ». Il renvoie à l'article 1.5 du chapitre CP 10, qui « [e]n général, pour les personnes nées au Canada, un certificat de naissance provincial ou territorial [...] est accepté comme preuve de citoyenneté ».

2) Le chapitre CP 4 (intitulé Attribution de la citoyenneté en vertu de l'article 5), qui porte sur les documents

and states: “Acceptable documents to establish a parent’s citizenship are: . . . , a parent’s birth certificate confirming the parent’s birth in Canada”; and

(3) CIC guidebook for section 3 applications, under the section “Documents you must send with your form” states: “If you were born outside Canada to a Canadian parent before February 15, 1977, you must send: . . . , proof that your natural father was a Canadian citizen when you were born, i.e., your parent’s Canadian birth certificate or Canadian citizenship certificate.”

[69] In my opinion, these excerpts provide citizenship applicants with strong suggestions as to which documents are considered acceptable by CIC. However, I would not go so far as to say that these suggestions amount to a legitimate expectation that in submitting one of the enumerated documents, proof of citizenship is automatically satisfied. If this were so, there would be no need for case analysts to render discretionary decisions once the documents were submitted. Furthermore, I think that the alleged promise in this instance would give rise to a substantive right and not a procedural right. As such, I find no legitimate expectation on this basis.

(d) Did the case analyst err in finding that there was insufficient evidence to prove the applicant’s parents’ citizenship?

[70] The applicant concedes that the only piece of documentation that he submitted in proof of his adoptive father’s Canadian citizenship was a Canadian provincial birth certificate. The information before the case analyst included the several indications that the applicant’s adoptive father may not have been a Canadian citizen under the definition in the former Act [R.S.C. 1970, c. C-19] as required under paragraph 3(1)(e) of the Act [R.S.C., 1985, c. C-29]. Specifically, I note that unlike for the applicant’s adoptive mother, the applicant had not submitted his father’s U.S. alien card. Furthermore, the application indicated that the applicant’s adoptive father

servant à établir la citoyenneté d’un parent, précise que « les documents acceptables comme preuve de citoyenneté des parents sont les suivants : [...] le certificat de naissance d’un parent, confirmant que le parent est né au Canada »;

3) Le manuel de CIC régissant les demandes présentées en vertu de l’article 3, à la rubrique « Les documents que vous devez annexer au formulaire » précise ce qui suit : [TRADUCTION] « Si vous êtes né(e) à l’extérieur du Canada d’un parent canadien avant le 15 février 1977, vous devez nous faire parvenir : [...] une preuve du fait que votre père naturel était citoyen canadien au moment de votre naissance, comme le certificat de naissance canadien ou le certificat de citoyenneté canadienne de vos parents. »

[69] À mon avis, ces extraits donnent aux personnes qui demandent la citoyenneté de solides indications sur les documents que CIC juge acceptables. Je n’irais cependant pas jusqu’à dire que ces indications permettent légitimement de s’attendre à ce qu’en soumettant un des documents énumérés, la preuve de citoyenneté sera automatiquement établie. Si tel était le cas, il ne serait pas nécessaire pour les analystes de cas de rendre des décisions discrétionnaires une fois les documents soumis. J’estime en outre que la promesse qui aurait été faite en l’espèce créerait un droit substantiel et non un droit procédural. Aucune attente légitime n’a donc été créée sur ce fondement.

d) L’analyste de cas a-t-elle commis une erreur en concluant qu’elle ne disposait pas d’éléments de preuve suffisants pour prouver la citoyenneté des parents du demandeur?

[70] Le demandeur admet que la seule pièce qu’il a déposée pour établir la citoyenneté canadienne de son père adoptif était un certificat de naissance provincial canadien. Parmi les renseignements dont l’analyste de cas disposait, mentionnons plusieurs indices permettant de penser que le père adoptif du demandeur ne répondait peut-être pas à la définition de citoyen canadien de l’ancienne Loi [S.R.C. 1970, ch. C-19], comme l’exigeait l’alinéa 3(1)e) de la Loi [L.R.C. (1985), ch. C-29]. Je constate plus précisément qu’à la différence de ce qu’il a fait dans le cas de sa mère adoptive, le demandeur n’a pas produit la carte de

resided in the U.S. In light of the evidence before the case analyst, I think it was reasonable for the case analyst to conclude that insufficient evidence was provided to make a determination.

III. Procedural Issues

(a) Is the question of the applicant's parents' citizenship *res judicata*?

[71] The applicant submitted that his parents' citizenship is *res judicata*. The respondent dismissed this claim stating that the Court in *Worthington*, above, may have made innocent statements on the parents' citizenship, but in no way decided the issue. While the Court in that decision did in explaining the facts say that the applicant's parents were Canadian citizens, this was not the judicial question at issue in the case and as such, *res judicata* does not apply.

(b) Is the respondent estopped from challenging the parents' citizenship?

[72] The applicant claims that the respondent is estopped from challenging his parents' citizenship. The first requirement for estoppel is that the issue has already been decided in a final judgment (*Blueberry River Indian Band*, above). Having found above that the issue of the parents' citizenship is not *res judicata*, I must also reject this argument. The requirements for estoppel have not been met.

(c) Would sending the matter back for redetermination serve any purpose?

[73] The applicant submitted that sending the case back for reconsideration will not serve any purpose because the respondent has continually taken the position that the applicant, as a foreign-born adoptive child of Canadian parents, is not eligible to apply for

résident étranger des États-Unis de son père. Il était par ailleurs précisé dans la demande que le père adoptif du demandeur résidait aux États-Unis. Compte tenu des éléments de preuve dont disposait l'analyste de cas, j'estime qu'il était raisonnable de sa part de conclure qu'elle ne disposait pas de suffisamment d'éléments de preuve pour être en mesure de prendre une décision.

III. Questions procédurales

a) La question de la citoyenneté des parents du demandeur est-elle chose jugée?

[71] Le demandeur affirme que la question de la citoyenneté de ses parents est chose jugée. Le défendeur écarte cette prétention en faisant valoir que, dans la décision *Worthington*, précitée, la Cour a peut-être tenu de bonne foi des propos au sujet de la citoyenneté des parents du demandeur, mais qu'elle n'a aucunement tranché la question. Bien que, dans cette décision, en expliquant les faits, la Cour ait effectivement affirmé que les parents du demandeur étaient des citoyens canadiens, il ne s'agit pas de la question que la Cour était appelée à trancher, de sorte que le principe de la chose jugée ne s'applique pas.

b) Le défendeur est-il irrecevable à contester la citoyenneté de ses parents?

[72] Le demandeur soutient que le défendeur est irrecevable à contester la citoyenneté de ses parents. La première condition de l'irrecevabilité est que la question ait déjà été tranchée aux termes d'un jugement définitif (*Bande indienne de Blueberry River*, précité). Ayant conclu que la question de la citoyenneté des parents du demandeur n'est pas chose jugée, je dois également rejeter cet argument. Les conditions de l'irrecevabilité ne sont pas réunies.

c) Serait-il utile de renvoyer l'affaire pour qu'elle soit réexaminée?

[73] Le demandeur explique qu'il ne serait d'aucune utilité de renvoyer l'affaire pour qu'elle soit réexaminée, parce que le défendeur a constamment adopté le point de vue que le demandeur, en tant qu'enfant adoptif de parents canadiens, ne peut présenter une demande de

citizenship under section 3 of the *Citizenship Act*. The respondent disagreed with this position stating that if a reviewable error was committed, the appropriate remedy is to refer the matter back for redetermination.

[74] While the normal procedure upon finding a reviewable error on judicial review is to send the matter back for redetermination, in certain circumstances this Court has deviated. In *Popov*, above, this Court held that it need not send the matter back for redetermination where convinced that no real purpose would be served by doing so. In *Abasalizadeh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 42 Imm. L.R. (3d) 224 (F.C.), at paragraph 24, this Court noted “[t]he authorities indicate that where natural justice or procedural fairness has been denied, a remedy may be withheld where the decision maker would have been bound in law to reject the application on the evidence before [them].”

[75] Although I have found that a reviewable error was committed (in that the applicant’s first claim of legitimate expectation was breached), I do not see the purpose of sending the matter back for redetermination without determining the constitutional challenge to the legislation. While the citizenship of the applicant’s parents has yet to be determined, the fact remains that the Department has taken the position that the applicant is ineligible for citizenship under section 3 of the Act on the basis of him being an adopted child. Thus, even if the father is found to be a Canadian citizen upon redetermination, his application will nonetheless be rejected. As such, I will proceed with evaluation of the constitutional challenge.

IV. Constitutional Issues

[76] Before assessing whether or not paragraph 3(1)(e) of the Act violates section 15 of the Charter, I will first

citoyenneté par filiation en vertu de l’article 3 de la *Loi sur la citoyenneté*. Le défendeur n’est pas de cet avis; il affirme que, si une erreur justifiant notre intervention a été commise, la réparation appropriée consiste à ordonner le renvoi de l’affaire pour qu’une nouvelle décision soit rendue.

[74] Bien que la procédure habituellement suivie lorsque la Cour conclut à l’existence d’une erreur justifiant l’infirmité de la décision visée par la demande de contrôle judiciaire consiste à renvoyer l’affaire pour qu’elle soit réexaminée, notre Cour s’est écartée de cette façon de procéder dans certaines circonstances. Ainsi, dans le jugement *Popov*, précité, notre Cour a jugé qu’il n’était pas nécessaire d’ordonner le renvoi de l’affaire en vue de son réexamen lorsqu’elle est convaincue que cette mesure ne serait pas vraiment utile. Dans le jugement *Abasalizadeh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CF 1407, au paragraphe 24, notre Cour a fait observer ce qui suit : « La jurisprudence montre que lorsqu’il y a eu un manquement à la justice naturelle ou à l’équité procédurale, une décision peut être maintenue dans un cas où le décideur aurait été tenu par la loi de rejeter la demande selon la preuve dont il disposait. »

[75] Malgré ma conclusion qu’une erreur justifiant notre intervention a effectivement été commise (étant donné que l’analyste de cas n’a pas répondu à la première attente légitime du demandeur), je ne vois pas l’utilité de renvoyer l’affaire pour réexamen sans se prononcer sur la contestation de la constitutionnalité des dispositions législatives en cause. Bien que la question de la citoyenneté des parents du demandeur n’ait pas encore été tranchée, il n’en demeure pas moins que le Ministère a adopté le point de vue que le demandeur ne peut présenter une demande de citoyenneté en vertu de l’article 3 de la Loi du fait de son statut d’enfant adoptif. Ainsi, même si, à l’issue du réexamen, le père est jugé être un citoyen canadien, sa demande sera quand même rejetée. Je vais donc procéder à l’examen de la contestation de la constitutionnalité.

IV. Questions constitutionnelles

[76] Avant de déterminer si l’alinéa 3(1)e) de la Loi viole l’article 15 de la Charte, je vais d’abord examiner

address the issues of standing and retroactivity raised by the respondent.

Standing

[77] The respondent submitted that the applicant lacks the necessary standing to bring a constitutional challenge of paragraph 3(1)(e) of the Act. Specifically, the respondent claimed that the applicant has not yet satisfied the case analyst that his parents were Canadian citizens as required under paragraph 3(1)(e) of the Act. While I agree with the respondent's statement that the applicant has not met the requirements of paragraph 3(1)(e) of the Act, I nonetheless believe that he has standing to bring the constitutional challenge.

[78] The applicant's application under section 3 was rejected by the case analyst on the basis that the applicant was an adoptive child of Canadian parents and as such, was not eligible for citizenship under section 3 of the Act. Thus, in my opinion, the applicant has already faced hardship under the section as his application for citizenship has been dismissed on the basis of his status as a foreign-born adoptive child of Canadian parents.

Retroactivity of the Charter

[79] The respondent also submitted that the applicant's Charter challenge requires this Court to apply the Charter retroactively. The issue of applying the Charter retroactively was explained by the Supreme Court of Canada in *Benner*, above, at paragraph 45:

The question, then, is one of characterization: is the situation really one of going back to redress an old event which took place before the *Charter* created the right sought to be vindicated, or is it simply one of assessing the contemporary application of a law which happened to be passed before the *Charter* came into effect?

[80] The paragraph at issue in this case is paragraph 3(1)(e), but it incorporates by reference paragraph 5(1)(b) of the former Act [R.S.C. 1970, c. C-19]. Paragraph 3(1)(e) reads as follows:

3. (1) Subject to this Act, a person is a citizen if

la question de la qualité pour agir et celle de la rétroactivité que le défendeur a soulevées.

Qualité pour agir

[77] Le défendeur affirme que le demandeur n'a pas la qualité nécessaire pour contester la constitutionnalité de l'alinéa 3(1)e de la Loi. Plus précisément, le défendeur souligne que le demandeur n'a pas encore convaincu l'analyste de cas que ses parents sont des citoyens canadiens, comme l'exige l'alinéa 3(1)e de la Loi. Bien que je convienne avec le défendeur que le demandeur n'a pas satisfait aux exigences de l'alinéa 3(1)e de la Loi, j'estime néanmoins que le demandeur a qualité pour contester la constitutionnalité de la loi.

[78] La demande présentée par le demandeur en vertu de l'article 3 a été rejetée par l'analyste de cas au motif que le demandeur était l'enfant adoptif de parents canadiens et qu'il ne pouvait donc pas présenter de demande de citoyenneté en vertu de l'article 3 de la Loi. J'estime en conséquence que le demandeur a déjà subi un préjudice en raison de cet article du fait que sa demande de citoyenneté a été rejetée du fait de son statut d'enfant adoptif né à l'étranger dont les parents sont Canadiens.

Rétroactivité de la Charte

[79] Le défendeur affirme également que la contestation que le demandeur fonde sur la Charte obligerait la Cour à appliquer la Charte rétroactivement. Voici en quels termes la Cour suprême du Canada s'est expliquée, au sujet de l'application rétroactive de la Charte, dans l'arrêt *Benner*, précité, au paragraphe 45 :

La question à trancher consiste donc à caractériser la situation : s'agit-il réellement de revenir en arrière pour corriger un événement passé, survenu avant que la *Charte* crée le droit revendiqué, ou s'agit-il simplement d'apprécier l'application contemporaine d'un texte de loi qui a été édicté avant l'entrée en vigueur de la *Charte*?

[80] L'alinéa en litige dans le cas qui nous occupe est l'alinéa 3(1)e), mais il incorpore par renvoi l'alinéa 5(1)b) de l'ancienne Loi [S.R.C. 1970, ch. C-19]. L'alinéa 3(1)e) est ainsi libellé :

3. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, a qualité de citoyen toute personne :

...

[...]

(e) the person was entitled, immediately before February 15, 1977, to become a citizen under paragraph 5(1)(b) of the former Act.

e) habile, au 14 février 1977, à devenir citoyen aux termes de l'alinéa 5(1)b) de l'ancienne loi.

[81] Subparagraph 5(1)(b)(i) of the former Act [R.S.C. 1970, c. C-19] provides:

[81] Le sous-alinéa 5(1)b)(i) de l'ancienne Loi [S.R.C. 1970, ch. C-19] disposait :

5. (1) A person born after the 31st day of December 1946 is a natural-born Canadian Citizen,

5. (1) Une personne, née après le 31 décembre 1946 est un citoyen canadien de naissance :

...

[...]

(b) if he is born outside of Canada elsewhere than on a Canadian ship, and

b) si elle est née hors du Canada ailleurs que sur un navire canadien, et si

(i) his father, or in the case of a child born out of wedlock, his mother, at the time of that person's birth, is a Canadian born citizen, and...

(i) son père ou, dans le cas d'un enfant né hors du mariage, sa mère, au moment de la naissance de cette personne, était un citoyen canadien et si [...]

[82] In my opinion, paragraph 3(1)(e) (and by reference subparagraph 5(1)(b)(i) of the former Act [R.S.C. 1970, c. C-19]) continue to impose ongoing discrimination against adopted children of Canadian parents. While subparagraph 5(1)(b)(i) was enacted prior to the Charter, it is its current continuing application that the applicant takes issue with. I do not believe that the applicant is requesting that this Court retroactively apply the Charter and as such, I will proceed with the constitutional challenge.

[82] À mon avis, l'alinéa 3(1)e—et, par renvoi, le sous-alinéa 5(1)b)(i) de l'ancienne Loi—continuent à établir une distinction illicite dans le cas des enfants adoptifs de parents canadiens. Bien que le sous-alinéa 5(1)b)(i) ait été édicté avant la Charte, c'est que le demandeur lui reproche, c'est le fait qu'il s'applique toujours. Je ne crois pas que le demandeur souhaite que la Cour applique la Charte rétroactivement. Je vais donc passer à l'examen de la contestation constitutionnelle.

(a) Does paragraph 3(1)(e) violate section 15 of the Charter?

a) L'alinéa 3(1)e viole-t-il l'article 15 de la Charte?

[83] Before engaging in a section 15 analysis, I think it necessary to make a few comments concerning the decision in *McKenna*, above. That case involved a Canadian applicant with two foreign-born adoptive daughters who were denied citizenship on the basis that they were not permanent residents as required for a citizenship application under paragraph 5(2)(a). The applicant argued that sections 3 and 5 of the *Citizenship Act* discriminated against her adoptive children for the purposes of the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6]. The root of the issue was that because automatic citizenship grants under section 3 did not apply to adoptive children, adoptive children were forced to apply under section 5, which required permanent resident status. The Federal Court of Appeal held that these provisions were discriminatory pursuant to the

[83] Avant d'amorcer mon analyse de l'article 15, je crois qu'il est nécessaire de formuler quelques commentaires au sujet de l'arrêt *McKenna*, précité. Cette affaire portait sur un demandeur canadien dont les deux filles adoptives nées à l'étranger s'étaient vu refuser la citoyenneté au motif qu'elles n'étaient pas des résidentes permanentes contrairement à ce qu'exigeait l'alinéa 5(2)a). Le demandeur dans cette affaire a soutenu que les articles 3 et 5 de la *Loi sur la citoyenneté* soumettaient ses enfants adoptifs à un traitement discriminatoire pour l'application de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [L.R.C. (1985), ch. H-6]. Le fond du problème était que, comme l'attribution automatique de la citoyenneté prévue par l'article 3 ne s'appliquait pas aux enfants adoptifs, ces derniers étaient forcés de présenter leur demande en vertu de l'article 5,

Canadian Human Rights Act. The applicant submitted that *McKenna*, above, held that section 3 of the Act is *prima facie* discriminatory. While I agree that section 3 was found to be discriminatory, I note that *McKenna*, above, did not involve the application of the Charter. As such, I find it necessary to engage in a full section 15 analysis.

[84] In *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, the Supreme Court of Canada set out the following three-step test for determining whether a legislative provision violates section 15 of the Charter:

1. whether a law imposes differential treatment between the claimant and others, in purpose or effect; or whether the law fails to take into consideration the claimant's already disadvantaged position within Canadian society;
2. whether one or more enumerated or analogous grounds of discrimination are the basis for the differential treatment; and
3. whether the law in question has a purpose or effect that is discriminatory within the meaning of the equality guarantee.

Comparator Groups

[85] The applicant submitted that the appropriate comparator groups are foreign-born natural children of Canadian citizens and foreign-born adopted children of Canadian citizens. The respondent rejected the proposed comparator groups on the basis that these groups are not in the same situation by virtue of the fact that adoption is a legal process. That is that adoptive children are subject to the laws of the country in which they are born, including citizenship and adoption laws. Notwithstanding these submissions, I accept the applicant's comparator groups.

qui exige que le demandeur ait le statut de résident permanent. La Cour d'appel fédérale a statué que ces dispositions étaient discriminatoires au sens de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Le demandeur soutient que, dans l'arrêt *McKenna*, précité, la Cour d'appel fédérale a estimé que l'article 3 de la Loi était à première vue discriminatoire. Bien que je convienne que l'article 3 a effectivement été jugé discriminatoire, je constate que l'affaire *McKenna* ne portait pas sur l'application de la Charte. J'estime donc nécessaire de procéder à une analyse en bonne et due forme en vertu de l'article 15.

[84] Dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, la Cour suprême du Canada a énoncé le critère à trois volets suivant pour déterminer si une disposition législative viole l'article 15 de la Charte :

1. La loi en cause a-t-elle pour objet ou pour effet d'imposer une différence de traitement entre le demandeur et d'autres personnes ou omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne?
2. Le demandeur fait-il l'objet d'une différence de traitement fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues? et
3. Les dispositions législatives en question ont-elles un objet ou un effet discriminatoires au sens de la garantie d'égalité?

Groupes de comparaison

[85] Le demandeur affirme que les groupes de comparaison appropriés sont les enfants biologiques nés à l'étranger de citoyens canadiens ainsi que les enfants nés à l'étranger qui ont été adoptés par des citoyens canadiens. Le défendeur rejette le groupe de comparaison proposé par le demandeur parce que ces groupes ne se trouvent pas dans la même situation en raison du fait que l'adoption est une procédure prévue par la loi. Autrement dit, les enfants adoptifs sont assujettis aux lois du pays où ils sont nés, y compris celles ayant trait à la citoyenneté et à l'adoption. Malgré ces observations, j'accepte les groupes de comparaison proposés par le demandeur.

Differential Treatment

[86] Under the Act, natural-born children are eligible to apply for citizenship under section 3, whereas adoptive children are ineligible under this section and as such, must apply for citizenship under section 5. Whereas section 3 of the Act “deems” citizenship on an applicant, section 5 “grants” citizenship to an applicant. These separate application processes clearly draw a formal distinction on the basis of the personal characteristic of being a natural or adoptive child. On the face of the legislation, there exists differential treatment and as such, there is no need to consider the effects of the legislation. As I have found that a differential treatment on the basis of a personal characteristic exists, there is no need to explore whether the law fails to take into consideration the already disadvantaged position of the claimant in Canadian society (*Law*, above).

Enumerated or Analogous Ground

[87] In *Grismer v. Squamish First Nation*, [2007] 1 C.N.L.R. 146 (F.C.), this Court considered the requirements of an analogous ground articulated in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, and held that the status of being adopted was an analogous ground. In rendering its decision, the Court in *Grismer*, above, articulated at paragraph 46:

An infant cannot change his status as an adopted child. This is an immutable characteristic. In the case of children who have been adopted as adults, their status is constructively immutable. The status of the applicants as adopted children qualifies as an analogous ground.

I believe that the same rationale applies to the circumstances of this case. The requirement of an analogous ground is satisfied.

Différence de traitement

[86] Aux termes de la Loi, les enfants biologiques sont habiles à devenir citoyens en vertu de l’article 3, tandis que les enfants adoptifs ne peuvent demander la citoyenneté en vertu de cet article et doivent présenter leur demande conformément à l’article 5. Aux termes de l’article 3 de la Loi, le demandeur est « réputé » avoir la qualité de citoyen, tandis qu’en vertu de l’article 5, la citoyenneté lui est « attribuée ». L’existence de processus distincts en ce qui concerne la présentation et le traitement des demandes de citoyenneté permet de toute évidence de conclure que la loi établit une distinction formelle fondée sur une caractéristique personnelle, en l’occurrence le fait d’être un enfant biologique ou d’être un enfant adoptif. À sa face même, la loi prévoit donc une différence de traitement, de sorte qu’il n’est pas nécessaire d’examiner les conséquences de la loi. Comme j’ai conclu qu’il existe une différence de traitement fondée sur une caractéristique personnelle, il n’est pas nécessaire de se demander si la loi omet de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne (arrêt *Law*, précité).

Motif énuméré ou motif analogue

[87] Dans l’affaire *Grismer c. Bande indienne de Squamish*, 2006 CF 1088, notre Cour s’est penchée sur les critères de ce qui constitue un motif analogue tels qu’ils ont été définis dans l’arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203. Notre Cour a estimé que la situation d’enfants adoptifs constituait un motif analogue. Pour rendre sa décision, la Cour a expliqué ce qui suit, au paragraphe 46 de l’arrêt *Grismer* :

Un enfant ne peut pas changer sa situation d’enfant adoptif. Il s’agit donc bien d’un trait caractéristique immuable. La situation des enfants qui ont été adoptés après avoir atteint l’âge adulte est elle aussi immuable quelle que soit la manière dont on interprète ce terme. La situation d’enfants adoptifs, qui est celle des demanderesse, constitue donc un motif analogue.

J’estime que ce raisonnement s’applique au cas qui nous occupe. Les conditions à remplir pour pouvoir conclure à l’existence d’un motif analogue sont réunies.

Discriminatory Purpose or Effect

[88] Not all differential treatment amounts to discrimination under section 15 of the Charter. The test is whether a reasonable person, having similar circumstances as the applicant and taking into account the relevant contextual factors, would feel that the differential treatment of the legislation has the effect of demeaning the applicant's dignity (*Grismer*, above, at paragraph 48). The following contextual factors may be considered in evaluating whether a law infringes section 15 of the Charter (*Law*, above, at paragraph 88):

1. any pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice, or vulnerability experienced by the individual or group at issue;
2. the correspondence, or lack thereof, between the ground on which the claim is based and the actual need, capacity, or circumstances of the claimant or others;
3. the ameliorative purpose or effects of the impugned law upon a more disadvantaged person or group in society; and
4. the nature and scope of the interest affected by the impugned law.

[89] The disadvantaged position of adoptive children was explored in depth by the Federal Court of Appeal in *McKenna*, above. In that case, Justice Linden, at paragraphs 26-27, made the following comments that I feel are particularly relevant in the case at hand:

The general tenor of this history is that in the past adopted children have been regarded as "second best", and adoptive parents have not been seen as "real" parents. But in recent years there has been a great deal of momentum toward a more sensitive and humane attitude. In many areas, the law has begun to treat adoptive parents and children with much the same respect accorded to their non-adoptive peers. In the area of labour law, many of the benefits that were once available only to birth parents are now given to adoptive parents as well. We now treat adopted children, it will be seen, in much the same way as birth children. Any social stigma that still exists

Objet ou effet discriminatoire

[88] Une différence de traitement ne constitue pas nécessairement de la discrimination au sens de l'article 15 de la Charte. Le critère applicable consiste à se demander si une personne raisonnable, se trouvant dans des circonstances semblables à celles du demandeur, et compte tenu de tous les facteurs contextuels entourant la question, arriverait à la conclusion que les dispositions contestées, par leur objet ou par leur effet, portent atteinte à la dignité du demandeur (arrêt *Grismer*, précité, au paragraphe 48). On peut tenir compte des facteurs contextuels suivants pour déterminer si une disposition législative porte atteinte à l'article 15 de la Charte (arrêt *Law*, précité, au paragraphe 88) :

1. La préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité subis par la personne ou le groupe en cause;
2. La correspondance, ou l'absence de correspondance, entre le ou les motifs sur lesquels l'allégation est fondée et les besoins, les capacités ou la situation propres au demandeur ou à d'autres personnes;
3. L'objet ou l'effet d'amélioration de la loi contestée eu égard à une personne ou un groupe défavorisés dans la société;
4. La nature et l'étendue du droit touché par la loi contestée.

[89] La situation défavorisée dans laquelle se trouvent les enfants adoptifs a été analysée à fond par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *McKenna*, précitée. Dans cet arrêt, le juge Linden a tenu, aux paragraphes 26 et 27, les propos suivants que j'estime particulièrement éclairants pour trancher le présent litige :

D'une façon générale, l'historique montre que par le passé, on estimait que les enfants adoptés étaient un « second choix », et que les parents adoptifs n'étaient pas de « véritables » parents. Cependant, au cours des dernières années, il y a eu une évolution marquée et une attitude plus sensible et plus humaine a été adoptée. Dans de nombreux domaines, le droit a commencé à traiter les parents adoptifs et les enfants adoptés avec autant de respect que leurs homologues non adoptés. En droit du travail, un grand nombre des avantages qui étaient autrefois accordés uniquement aux parents biologiques sont maintenant également reconnus aux parents adoptifs. Comme

is a carryover from older days and older attitudes.

The Canadian treatment of adopted children in the context of citizenship is one of these carryovers. It is interesting to note that in other jurisdictions, the rights of adopted children have taken a similar step forward. American and British law both provide citizen parents residing abroad with an expedited way to seek citizenship for their foreign-born adopted children. None of these regimes requires the adopted child to be established as a qualified immigrant and go through the full process of naturalization. British law permits citizen parents to register their foreign-born minor adopted children as citizens without a medical or residency requirement. Where the British provisions are discretionary, in the United States citizenship must be granted to the adopted child where the parent or grandparent meet the residency requirement. Each country has its limitations, but each is less strict than Canadian law. Canada insists that a child adopted by a citizen abroad submit to the same stringent requirements as other foreign nationals. [Endnotes omitted.]

In the above-mentioned case, Justice Linden's was the dissenting judgment; however, at paragraph 77, Justice Robertson writing for the majority, agreed with Justice Linden's findings on the adoption issue.

[90] I believe that the above-articulated circumstances hold true in the case at hand. Although progress has been made, this Court cannot ignore the persistent disadvantaged position of adoptive children in Canadian society.

[91] Regarding the presence of a correspondence between the analogous ground and the circumstances or needs of the group, I believe that such a connection exists. Foreign-born adoptive children have a special need to have comparable citizenship to that of their Canadian parents.

[92] With respect to the third contextual factor listed in *Law*, above, there is no ameliorative purpose or effects of the impugned law upon a more disadvantaged person or group in society.

nous le verrons, les enfants adoptés sont maintenant traités à peu près de la même façon que les enfants biologiques. Tout stigmatisme social qui existe encore nous vient du passé et des anciennes attitudes.

La façon dont les enfants adoptés sont traités au Canada dans le contexte de la citoyenneté nous vient également du passé. Il est intéressant de noter qu'ailleurs, les droits des enfants adoptés ont également évolué en faveur de ceux-ci. Selon le droit américain et le droit britannique, les citoyens qui résident à l'étranger peuvent utiliser une procédure accélérée en vue de demander la citoyenneté pour leurs enfants adoptés nés à l'étranger. Aucun de ces régimes n'exige que l'enfant adopté soit admis à titre d'immigrant et se fasse naturaliser. Le droit britannique permet aux citoyens du pays d'inscrire à titre de citoyens leurs enfants adoptés mineurs nés à l'étranger sans aucune exigence médicale et sans aucune exigence relative à la résidence. Les dispositions du droit britannique sont de nature discrétionnaire, mais aux États-Unis, la citoyenneté doit être attribuée à l'enfant adopté si le parent ou le grand-parent satisfait aux exigences relatives à la résidence. Chaque pays impose ses propres restrictions, mais dans tous les cas, celles-ci sont moins strictes qu'en droit canadien. Le Canada insiste pour que l'enfant adopté à l'étranger par un citoyen satisfasse aux mêmes exigences rigoureuses que les autres ressortissants étrangers. [Notes en fin de texte omises.]

Dans cet arrêt, le juge Linden était dissident. Toutefois, au paragraphe 77, le juge Robertson, qui écrivait au nom de la majorité, a souscrit aux conclusions du juge Linden au sujet de l'adoption.

[90] J'estime que la situation décrite dans l'arrêt précité correspond encore à la réalité dans le cas qui nous occupe. Certes, des progrès ont été accomplis, mais la Cour ne peut ignorer la situation défavorisée dans laquelle se trouvent encore les enfants adoptifs au sein de la société canadienne.

[91] En ce qui concerne la correspondance entre le motif analogue invoqué et la situation ou les besoins propres au groupe visé, j'estime que ce lien existe. Les enfants adoptifs nés à l'étranger ont un besoin spécial, en l'occurrence celui de se voir reconnaître une citoyenneté comparable à celle de leurs parents canadiens.

[92] Pour ce qui est du troisième facteur contextuel de l'arrêt *Law*, précité, la loi contestée n'a pas d'objet ou d'effet d'amélioration en ce qui concerne une personne ou un groupe plus défavorisés de la société.

[93] In considering the nature and scope of the interest affected by the impugned legislation, I find the Supreme Court's comments in *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at paragraph 72, helpful:

Drawing upon the reasons of L'Heureux-Dube J. in *Egan*, ... Iacobucci stated that the discrimination calibre of differential treatment cannot be fully appreciated without considering whether the distinction in question restricts access to a fundamental social institution, or affects a basic aspect of full membership in Canadian society, or constitutes a complete non-recognition of a particular group.

[94] In my view, citizenship constitutes both a fundamental social institution and a basic aspect of full membership in Canadian society. The interest at stake for the applicant, and other foreign-born adoptive children of a Canadian parent is critical to their full inclusion into Canadian society. As stated in *Taylor*, above, at paragraph 263:

Citizenship is not only a legal definition; it is a testimony to how one is treated in a given society. Therefore, the highest status that a state can bestow on its inhabitants is that of citizenship.

[95] Having considered all the relevant contextual factors as provided in *Law*, above, I find that the third requirement of the *Law* test is satisfied. The impugned law is discriminatory within the meaning of the equality guarantees under the Charter. In my view, paragraph 3(1)(e) of the *Citizenship Act*, discriminates against foreign-born adoptive children of Canadian citizens by denying them the opportunity to obtain "deemed" citizenship under section 3 of the Act on the basis of their status as adopted children.

(a) Can it be saved under section 1 of the Charter?

[96] In order for a Charter violation to be justified in a free and democratic society under section 1, it must satisfy the following test (see *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513):

[93] Pour examiner la nature et l'étendue du droit touché par la loi contestée, je trouve utile de citer les propos tenus par la Cour suprême dans l'arrêt *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, au paragraphe 72 :

S'appuyant sur les motifs du juge L'Heureux-Dubé dans *Egan*, précité, le juge Iacobucci a dit qu'on ne pouvait évaluer pleinement le caractère discriminatoire d'une différence de traitement sans vérifier si la distinction en question restreint l'accès à une institution sociale fondamentale, si elle compromet un aspect fondamental de la pleine appartenance à la société canadienne ou si elle a pour effet d'ignorer complètement un groupe particulier.

[94] À mon avis, la citoyenneté constitue à la fois une institution sociale fondamentale et un aspect fondamental de la pleine appartenance à la société canadienne. Le droit en jeu en ce qui concerne le demandeur et les autres enfants nés à l'étranger qui ont été adoptés par un parent canadien revêt une importance critique si l'on souhaite leur pleine intégration dans la société canadienne. Comme l'a Cour l'a déclaré dans le jugement *Taylor*, précité, au paragraphe 263 :

La citoyenneté n'est pas seulement une définition légale; c'est aussi l'illustration de la façon dont une personne est traitée dans une société donnée. Par conséquent, la citoyenneté est le statut le plus élevé qu'un État peut conférer à ses ressortissants

[95] Après avoir examiné tous les facteurs contextuels pertinents énumérés dans l'arrêt *Law*, précité, je conclus que le troisième volet du critère de l'arrêt *Law* est satisfait. Les dispositions législatives contestées sont discriminatoires au sens des garanties d'égalité prévues par la Charte. À mon avis, l'alinéa 3(1)e) de la *Loi sur la citoyenneté* est discriminatoire à l'endroit des enfants nés à l'étranger qui sont adoptés par des citoyens canadiens en leur refusant la possibilité d'être « réputés » avoir la qualité de citoyen en vertu de l'article 3 du fait de leur statut d'enfant adoptif.

a) Peut-il être sauvegardé par application de l'article premier de la Charte?

[96] Pour être considérée comme étant justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique par application de l'article premier, une violation de la Charte doit satisfaire aux critères suivants (*Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513) :

1. Is the legislative goal pressing and substantial?

2. Are the means chosen to attain this legislative end reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society?

(a) the rights violation must be rationally connected to the aim of the legislation;

(b) the impugned provision must minimally impair the Charter guarantee; and

(c) there must be a proportionality between the effect of the measure and its objective so that the attainment of the legislative goal is not outweighed by the abridgement of the right.

Pressing and Substantial Legislative Goal

[97] The applicant conceded that the impugned legislation has a pressing and substantial goal. The applicant identified the objectives of the impugned provision as providing access to citizenship while establishing and safeguarding the security of Canadian citizens and nation-building. The respondent submitted that the overall purpose of the *Citizenship Act* is that it serves as Parliament's mechanism for ensuring some form of connection between Canada and its citizens. The respondent also noted a number of other pressing and substantial goals served by the Act such as ensuring the best interests of adoptive children, preventing "adoptions of convenience," and fulfilling international obligations. In my view, these goals easily fulfill the low threshold under the first step of the test, and may legitimately be characterized as pressing and substantial.

Rational Connection

[98] The applicant submitted that there is no rational connection between the goal of providing access to citizenship while safeguarding the security of Canadian citizens and nation-building, and requiring only adoptive children, not biological children, to seek citizenship through the discretionary power provided in section 5. The respondent submitted that requiring adoptive children of Canadians born abroad to apply for

1. L'objectif législatif est-il urgent et réel?

2. Le moyen utilisé pour atteindre l'objectif législatif est-il raisonnable et peut-il se justifier dans une société libre et démocratique?

a) la violation des droits doit avoir un lien rationnel avec l'objectif législatif;

b) la disposition contestée doit porter le moins possible atteinte au droit garanti par la Charte;

c) il doit y avoir proportionnalité entre l'effet de la mesure et son objectif de sorte que l'atteinte au droit garanti ne l'emporte pas sur la réalisation de l'objectif législatif.

Objectif législatif urgent et réel

[97] Le demandeur admet que les dispositions contestées visent un objectif urgent et réel. Selon lui, les objectifs visés par les dispositions contestées consistent à donner accès à la citoyenneté tout en s'assurant de l'engagement des intéressés envers le Canada et en préservant la sécurité de ses citoyens. Le défendeur fait valoir que l'objectif général que visait le législateur fédéral en édictant la *Loi sur la citoyenneté* était de prévoir un mécanisme assurant un lien entre le Canada et ses citoyens. Le défendeur relève également un certain nombre d'autres objectifs urgents et réels visés par la Loi, tels que s'assurer de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant adoptif, empêcher les « adoptions de convenance » et respecter les obligations internationales du Canada. À mon avis, ces objectifs répondent facilement au critère préliminaire peu exigeant du premier volet du critère et on peut légitimement les qualifier d'objectifs urgents et réels.

Lien rationnel

[98] Le demandeur affirme qu'il n'y a pas de lien rationnel entre, d'une part, l'objectif consistant à donner accès à la citoyenneté tout en s'assurant de l'engagement des intéressés envers le Canada et en préservant la sécurité de ses citoyens et, d'autre part, le fait d'obliger uniquement les enfants adoptifs, et non les enfants biologiques, à demander la citoyenneté par le biais du pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 5. Pour le

citizenship under section 5 is rationally connected to the legislative goals of ensuring the best interests of the child, preventing “adoptions of convenience,” and fulfilling international obligations.

[99] Having carefully considered the arguments of both parties, I am of the opinion that a rational connection exists. By “granting” citizenship to foreign-born children adopted abroad by Canadian citizens under section 5 of the Act, the Canadian government has the opportunity to ensure the adoption is *bona fide* and in the best interests of the child before citizenship is granted. As noted by the respondent, in some circumstances the effect of an automatic grant of Canadian citizenship on a foreign-born child could remove that child’s citizenship from its birth country. Moreover, the discretionary nature of section 5 helps the Canadian government to fulfill its international requirements. Specifically, The Hague *Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*, which requires that signatory states ensure the best interests of the child, prevent abuses of intercountry adoptions, and confirm that consents to the adoption are valid. And finally, requiring persons in the situation of the applicant to apply for Canadian citizenship under section 5 is also rationally connected to Canada’s interest in preventing “adoptions of convenience.”

Minimal Impairment

[100] The applicant submitted that in denying him the opportunity to apply for “deemed” citizenship under section 3, Parliament has completely impaired his protected right to equality. The respondent submitted that the applicant’s submission that section 3 results in a complete impairment ignores the applicant’s eligibility for “granted” citizenship under section 5 of the Act. Furthermore, the respondent drew the Court’s attention to other jurisdictions. The respondent claimed that Canada’s “naturalization” route of obtaining citizenship

défendeur, il existe un lien rationnel entre, d’une part, le fait d’obliger les enfants nés à l’étranger adoptés par des Canadiens à demander la citoyenneté en vertu de l’article 5 et, d’autre part, les objectifs législatifs consistant à s’assurer de tenir compte de l’intérêt supérieur de l’enfant adoptif, à empêcher les « adoptions de convenance » et à respecter les obligations internationales du Canada.

[99] Après avoir examiné attentivement les arguments des deux parties, je suis d’avis qu’il existe effectivement un lien rationnel. Le fait que l’article 5 de la Loi « attribue » la citoyenneté aux enfants nés à l’étranger qui sont adoptés à l’étranger par des citoyens canadiens permet au gouvernement canadien de s’assurer qu’il s’agit d’une adoption authentique et que l’on tient compte de l’intérêt supérieur de l’enfant avant de lui attribuer la citoyenneté. Comme le défendeur le signale, dans certains cas, l’attribution automatique de la citoyenneté canadienne à un enfant né à l’étranger pourrait faire perdre à ce dernier la citoyenneté de son pays d’origine. Par ailleurs, le caractère discrétionnaire de l’article 5 aide le gouvernement canadien à respecter ses engagements internationaux et, plus précisément, la *Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale* de La Haye, qui oblige les États signataires à tenir compte de l’intérêt supérieur de l’enfant, empêcher les abus en matière d’adoption internationale et confirmer la validité du consentement à l’adoption. Enfin, il existe aussi un lien rationnel entre, d’une part, le fait d’obliger les personnes se trouvant dans la situation du demandeur à demander la citoyenneté canadienne conformément à l’article 5 et, d’autre part, l’intérêt du Canada à empêcher les « adoptions de convenance ».

Atteinte minimale

[100] Le demandeur soutient qu’en lui refusant la possibilité d’être « réputé » avoir la qualité de citoyen par le biais d’une demande fondée sur l’article 3, le législateur fédéral porte gravement atteinte à son droit à l’égalité garanti par la Charte. Pour le défendeur, en affirmant que l’article 3 a pour effet de « porter gravement atteinte » à ses droits, le demandeur méconnaît les dispositions de l’article 5 de la Loi relatives à l’« attribution de citoyenneté ». Le défendeur signale par ailleurs à l’attention de la Cour la situation

is, comparatively, more aptly described as an “as-of-right-model” instead of the more “discretionary” model of countries such as Britain, France and Germany.

[101] I note that it is not necessary that Parliament adopt the least intrusive means of reaching its legislative goal. The Supreme Court of Canada in *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569, at paragraph 59, recognized that a certain degree of deference is owed to the legislature:

This Court has already pointed out on a number of occasions that the social, economic and political spheres, where the legislature must reconcile competing interests in choosing one policy among several that might be acceptable, the courts must accord great deference to the legislature’s choice because it is in the best position to make such a choice.

[102] However, I am of the view that the current scheme does not minimally impair the rights of foreign-born adoptive children of Canadian parents.

[103] By denying automatic citizenship under section 3, the claimant group is forced to apply for citizenship under section 5. While prior to the Federal Court of Appeal’s decision in *McKenna*, above, this generally meant applying for citizenship under subsection 5(1), the Department has since adopted an interim measure concerning persons adopted by a Canadian citizen outside of Canada (CP 01-05). The interim measure is an administrative policy meant to facilitate grants of citizenship under subsection 5(4) to persons adopted outside of Canada by Canadians residing abroad. Essentially, to avoid the permanent resident requirement under subsection 5(1), foreign-born adoptive children of Canadian citizens could apply under subsection 5(4). However, unlike subsection 5(1), subsection 5(4) is a discretionary section; that is, the granting of citizenship under this subsection is entirely up to the Minister. Thus, the hardship caused by section 3 is that applications for citizenship by foreign-born adoptive children of Canadian citizens who are not permanent residents of Canada are subject to the Minister’s

qui existe dans d’autres pays. À son avis, la procédure à suivre au Canada pour obtenir la « naturalisation » et pour se voir octroyer la citoyenneté correspond davantage à un modèle « de plein droit » qu’au modèle « discrétionnaire » adopté par des pays comme la Grande-Bretagne, la France et l’Allemagne.

[101] Je relève qu’il n’est pas nécessaire que le législateur utilise le moyen le moins attentatoire pour atteindre ses objectifs législatifs. Dans l’arrêt *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569, au paragraphe 59, la Cour suprême du Canada a reconnu que les tribunaux doivent faire preuve d’une grande retenue face aux choix du législateur :

Notre Cour a déjà souligné à plusieurs reprises que, dans les domaines sociaux, économiques ou politiques où le législateur doit concilier des intérêts différents afin de choisir une politique parmi plusieurs qui pourraient être acceptables, les tribunaux doivent faire preuve d’une grande retenue face aux choix du législateur en raison de sa position privilégiée pour faire ces choix.

[102] J’estime toutefois qu’on ne saurait affirmer que le régime actuel porte atteinte de façon minimale aux droits des enfants nés à l’étranger qui ont été adoptés par des parents canadiens.

[103] Du fait que la citoyenneté automatique prévue à l’article 3 leur est refusée, les demandeurs visés sont forcés de demander la citoyenneté en vertu de l’article 5. Bien qu’avant que la Cour d’appel fédérale ne rende sa décision dans l’affaire *McKenna*, précitée, cette interdiction obligeait en principe les intéressés à demander la citoyenneté en vertu du paragraphe 5(1), le Ministère a depuis adopté une mesure intérimaire concernant les personnes adoptées par un citoyen canadien hors du Canada (CP 01-05). Cette mesure intérimaire est une politique administrative visant à faciliter l’attribution de la citoyenneté en vertu du paragraphe 5(4) à des personnes adoptées à l’extérieur du Canada par des citoyens canadiens résidant à l’étranger. Pour l’essentiel, dans le but d’échapper à la condition relative à la résidence permanente énoncée au paragraphe 5(1), les enfants nés à l’étranger qui ont été adoptés par des citoyens canadiens pourraient présenter une demande en vertu du paragraphe 5(4). Il convient toutefois de signaler que, contrairement au paragraphe 5(1), le paragraphe 5(4) est une disposition

discretion under subsection 5(4). In my opinion, this is not a minimal impairment as it leaves these individuals completely at the mercy of the Minister.

[104] I agree with the applicant that a less impairing and therefore more appropriate legislative scheme would be one that conferred on the Minister the mandatory power to grant citizenship once certain requirements were met. For instance, a provision that provides that the Minister “shall grant citizenship” to a minor child adopted by a Canadian provided it is proven that the adoption is in the best interests of the child, is a legally valid adoption, and is not an adoption of convenience. Such a provision would meet the pressing and substantial goals of the legislation without imposing the hardship of uncertainty imposed by the purely discretionary nature of subsection 5(4). As such, I find that the current scheme does not minimally impair the rights of the claimant group and therefore fails the *Oakes* test [*The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103].

[105] The appropriate remedy is outlined in the judgment I have issued in this matter.

V. Costs

(a) Should the applicant be awarded costs on a solicitor-client basis?

[106] The applicant seeks an award of costs on a solicitor-client basis. He relies on *Koehler*, above, whereby the Court awarded costs on a solicitor-client basis, payable forthwith, because the tribunal had denied the applicant natural justice despite having been instructed on the law in that area by the Court three months earlier. In my view, the facts of the case before the Court are not comparable. The case of *McKenna*,

discrétionnaire; autrement dit, l’attribution de la citoyenneté en vertu de ce paragraphe relève entièrement du pouvoir discrétionnaire du ministre. Ainsi, le préjudice causé par l’article 3 découle du fait que les demandes de citoyenneté présentées par des enfants nés à l’étranger qui sont adoptés par des citoyens du Canada et qui ne sont pas des résidents permanents du Canada sont assujettis au pouvoir discrétionnaire que le paragraphe 5(4) confère au ministre. À mon avis, il ne s’agit pas là d’une atteinte minimale car ces personnes sont totalement à la merci du ministre.

[104] Je suis d’accord avec le demandeur pour dire qu’un régime législatif qui serait moins attentatoire et qui, partant, serait davantage approprié, serait celui qui conférerait au ministre le pouvoir obligatoire d’attribuer la citoyenneté dès lors que certaines conditions sont réunies. Ainsi, une disposition prévoyant que le ministre « attribue la citoyenneté » à l’enfant mineur adopté par un Canadien à condition qu’il ait été établi que l’adoption est dans l’intérêt supérieur de l’enfant et qu’il s’agit d’une adoption légale et non une adoption de convenance. Cette disposition permettrait d’atteindre les objectifs urgents et réels de la loi sans emporter le préjudice créé par l’incertitude suscitée par le caractère purement discrétionnaire du paragraphe 5(4). J’estime donc que le régime actuel ne porte pas atteinte de façon minimale aux droits du groupe des demandeurs et je conclus qu’il ne satisfait pas au critère de l’arrêt *Oakes* [*La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103].

[105] La réparation appropriée est précisée dans le jugement que j’ai rendu dans la présente affaire.

V. Dépens

a) La Cour devrait-elle adjuger les dépens sur une base avocat-client au demandeur?

[106] Le demandeur réclame les dépens sur une base avocat-client. Il se fonde sur le jugement *Koehler*, précité, dans lequel la Cour avait condamné le défendeur à payer sur-le-champ les dépens sur une base avocat-client au motif que le demandeur avait été victime d’un déni de justice naturelle de la part du tribunal administratif malgré le fait que celui-ci avait reçu des directives de la Cour trois mois plus tôt sur les

above, did not determine the issue in this case as it was a challenge to the Act as per the *Canadian Human Rights Act* and not the Charter.

[107] Under rule 400 [as am. by SOR/2002-417, s. 25(F)] of the *Federal Courts Rules*, this Court has full discretionary powers to award costs. Subsection 400(3) provides factors that the Court may consider in making its award. These factors include:

- (1) Any conduct that tended to shorten or unnecessarily lengthen the duration of the proceeding;
- (2) The failure by a party to admit anything that should have been admitted or to serve a request to admit; and
- (3) Whether any step in the proceedings was improper, vexatious or unnecessary or taken through negligence, mistake, or excessive claim.

[108] The applicant noted that the respondent has brought motion after motion for various extensions of time, failed to properly disclose all materials, and brought unnecessary motions. Having reviewed the parties' submissions, I am of the opinion that solicitor-client costs should not be awarded.

[109] The applicant shall have his costs of this application.

ANNEX

Relevant Statutory Provisions

The relevant statutory provisions are set out in this section.

The *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29:

règles de droit applicables. À mon avis, les faits de la présente espèce ne se comparent pas à ceux de l'affaire *McKenna*, dans laquelle notre Cour ne s'est d'ailleurs pas prononcée sur la question en litige dans le cas qui nous occupe puisque les dispositions législatives étaient contestées, non pas en vertu de la Charte, mais de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[107] Aux termes de la règle 400 [mod. par DORS/2002-417, art. 25(F)] des *Règles des Cours fédérales*, notre Cour jouit d'un pouvoir discrétionnaire absolu en matière d'adjudication des dépens. Le paragraphe 400(3) renferme une liste de facteurs dont la Cour peut tenir compte pour adjuger les dépens. Mentionnons les facteurs suivants :

- 1) la conduite d'une partie qui a eu pour effet d'abrèger ou de prolonger inutilement la durée de l'instance;
- 2) le défaut de la part d'une partie de signifier une demande de reconnaître des faits ou des documents ou de reconnaître ce qui aurait dû être admis;
- 3) la question de savoir si une mesure prise au cours de l'instance, selon le cas, était inappropriée, vexatoire ou inutile, a été entreprise de manière négligente, par erreur ou avec trop de circonspection.

[108] Le demandeur fait observer que le défendeur a multiplié les requêtes en prorogation de délai, n'a pas communiqué toutes les pièces comme il le devait et a présenté des requêtes inutiles. Après examen des observations des parties, je suis d'avis qu'il n'y a pas lieu d'accorder de dépens sur une base avocat-client.

[109] Les dépens de la présente demande sont adjugés au demandeur.

ANNEXE

Dispositions législatives pertinentes

Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites dans la présente section.

Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29 :

3. (1) Subject to this Act, a person is a citizen if

(a) the person was born in Canada after February 14, 1977;

(b) the person was born outside Canada after February 14, 1977 and at the time of his birth one of his parents, other than a parent who adopted him, was a citizen;

(c) the person has been granted or acquired citizenship pursuant to section 5 or 11 and, in the case of a person who is fourteen years of age or over on the day that he is granted citizenship, he has taken the oath of citizenship;

(d) the person was a citizen immediately before February 15, 1977; or

(e) the person was entitled, immediately before February 15, 1977, to become a citizen under paragraph 5(1)(b) of the former Act.

...

5. (1) The Minister shall grant citizenship to any person who

(a) makes application for citizenship;

(b) is eighteen years of age or over;

(c) is a permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, and has, within the four years immediately preceding the date of his or her application, accumulated at least three years of residence in Canada calculated in the following manner:

(i) for every day during which the person was resident in Canada before his lawful admission to Canada for permanent residence the person shall be deemed to have accumulated one-half of a day of residence, and

(ii) for every day during which the person was resident in Canada after his lawful admission to Canada for permanent residence the person shall be deemed to have accumulated one day of residence;

(d) has an adequate knowledge of one of the official languages of Canada;

(e) has an adequate knowledge of Canada and of the responsibilities and privileges of citizenship; and

(f) is not under a removal order and is not the subject of a declaration by the Governor in Council made pursuant to section 20.

(1.1) Any day during which an applicant for citizenship resided with the applicant's spouse who at the time was a

3. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, a qualité de citoyen toute personne:

a) née au Canada après le 14 février 1977;

b) née à l'étranger après le 14 février 1977 d'un père ou d'une mère ayant qualité de citoyen au moment de la naissance;

c) ayant obtenu la citoyenneté — par attribution ou acquisition — sous le régime des articles 5 ou 11 et ayant, si elle était âgée d'au moins quatorze ans, prêté le serment de citoyenneté;

d) ayant cette qualité au 14 février 1977;

e) habile, au 14 février 1977, à devenir citoyen aux termes de l'alinéa 5(1)(b) de l'ancienne loi.

[...]

5. (1) Le ministre attribue la citoyenneté à toute personne qui, à la fois:

a) en fait la demande;

b) est âgée d'au moins dix-huit ans;

c) est un résident permanent au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et a, dans les quatre ans qui ont précédé la date de sa demande, résidé au Canada pendant au moins trois ans en tout, la durée de sa résidence étant calculée de la manière suivante:

(i) un demi-jour pour chaque jour de résidence au Canada avant son admission à titre de résident permanent,

(ii) un jour pour chaque jour de résidence au Canada après son admission à titre de résident permanent;

d) a une connaissance suffisante de l'une des langues officielles du Canada;

e) a une connaissance suffisante du Canada et des responsabilités et avantages conférés par la citoyenneté;

f) n'est pas sous le coup d'une mesure de renvoi et n'est pas visée par une déclaration du gouverneur en conseil faite en application de l'article 20.

(1.1) Est assimilé à un jour de résidence au Canada pour l'application de l'alinéa (1)c) et du paragraphe 11(1) tout

Canadian citizen and was employed outside of Canada in or with the Canadian armed forces or the federal public administration or the public service of a province, otherwise than as a locally engaged person, shall be treated as equivalent to one day of residence in Canada for the purposes of paragraph (1)(c) and subsection 11(1).

(2) The Minister shall grant citizenship to any person who

(a) is a permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, and is the minor child of a citizen if an application for citizenship is made to the Minister by a person authorized by regulation to make the application on behalf of the minor child; or

(b) was born outside Canada, before February 15, 1977, of a mother who was a citizen at the time of his birth, and was not entitled, immediately before February 15, 1977, to become a citizen under subparagraph 5(1)(b)(i) of the former Act, if, before February 15, 1979, or within such extended period as the Minister may authorize, an application for citizenship is made to the Minister by a person authorized by regulation to make the application.

(3) The Minister may, in his discretion, waive on compassionate grounds,

(a) in the case of any person, the requirements of paragraph (1)(d) or (e);

(b) in the case of a minor, the requirement respecting age set out in paragraph (1)(b), the requirement respecting length of residence in Canada set out in paragraph (1)(c) or the requirement to take the oath of citizenship; and

(c) in the case of any person who is prevented from understanding the significance of taking the oath of citizenship by reason of a mental disability, the requirement to take the oath.

(4) In order to alleviate cases of special and unusual hardship or to reward services of an exceptional value to Canada, and notwithstanding any other provision of this Act, the Governor in Council may, in his discretion, direct the Minister to grant citizenship to any person and, where such a direction is made, the Minister shall forthwith grant citizenship to the person named in the direction.

The *Canadian Citizenship Act*, S.C. 1946, c. 15 (repealed):

5. A person, born after the commencement of this Act, is a natural-born Canadian citizen:—

(a) if he is born in Canada or on a Canadian ship; or

(b) if he is born outside of Canada elsewhere than on a Canadian ship, and

jour pendant lequel l'auteur d'une demande de citoyenneté a résidé avec son époux ou conjoint de fait alors que celui-ci était citoyen et était, sans avoir été engagé sur place, au service, à l'étranger, des forces armées canadiennes ou de l'administration publique fédérale ou de celle d'une province.

(2) Le ministre attribue en outre la citoyenneté:

a) sur demande qui lui est présentée par la personne autorisée par règlement à représenter celui-ci, à l'enfant mineur d'un citoyen qui est résident permanent au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*;

b) sur demande qui lui est présentée par la personne qui y est autorisée par règlement et avant le 15 février 1979 ou dans le délai ultérieur qu'il autorise, à la personne qui, née à l'étranger avant le 15 février 1977 d'une mère ayant à ce moment-là qualité de citoyen, n'était pas admissible à la citoyenneté aux termes du sous-alinéa 5(1)(b)(i) de l'ancienne loi.

(3) Pour des raisons d'ordre humanitaire, le ministre a le pouvoir discrétionnaire d'exempter:

a) dans tous les cas, des conditions prévues aux alinéas (1)d) ou e);

b) dans le cas d'un mineur, des conditions relatives soit à l'âge ou à la durée de résidence au Canada respectivement énoncées aux alinéas (1)b) et c), soit à la prestation du serment de citoyenneté;

c) dans le cas d'une personne incapable de saisir la portée du serment de citoyenneté en raison d'une déficience mentale, de l'exigence de prêter ce serment.

(4) Afin de remédier à une situation particulière et inhabituelle de détresse ou de récompenser des services exceptionnels rendus au Canada, le gouverneur en conseil a le pouvoir discrétionnaire, malgré les autres dispositions de la présente loi, d'ordonner au ministre d'attribuer la citoyenneté à toute personne qu'il désigne; le ministre procède alors sans délai à l'attribution.

Loi sur la citoyenneté canadienne, S.C. 1946, ch. 15 (abrogée) :

5. Une personne, née après l'entrée en vigueur de la présente loi, est citoyen canadien de naissance

a) Si elle naît au Canada ou sur un navire canadien; ou

b) Si elle naît hors du Canada ailleurs que sur un navire canadien, et si

- (i) his father, or in the case of a child born out of wedlock, his mother, at the time of that person's birth, is a Canadian citizen by reason of having been born in Canada or on a Canadian ship, or having been granted a certificate of citizenship or having been a Canadian citizen at the commencement of this Act, and
- (ii) the fact of his birth is registered at a consulate or with the Minister, within two years after its occurrence or within such extended period as may be authorized in special cases by the Minister, in accordance with the regulations.

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]:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

...

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

- (i) son père ou, dans le cas d'un enfant né hors du mariage, sa mère, à la naissance de ladite personne, est citoyen canadien en raison de sa naissance au Canada ou sur un navire canadien, ou parce qu'il lui a été accordé un certificat de citoyenneté ou du fait d'avoir été citoyen canadien lors de la mise en vigueur de la présente loi, et si
- (ii) le fait de sa naissance est inscrit à un consulat ou au bureau du Ministre, dans les deux années qui suivent cet événement ou au cours de la prorogation que le Ministre peut autoriser, dans des cas spéciaux, en conformité des 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] :

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[...]

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

T-262-06
2008 FC 608

T-262-06
2008 CF 608

Genencor International, Inc. (Appellant)

Genencor International, Inc. (appelante)

v.

c.

Commissioner of Patents and Attorney General of Canada (Respondents)

Commissaire aux brevets et Procureur général du Canada (intimés)

INDEXED AS: GENENCOR INTERNATIONAL, INC. v. CANADA (COMMISSIONER OF PATENTS) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : GENENCOR INTERNATIONAL, INC. c. CANADA (COMMISSAIRE AUX BREVETS) (C.F.)

Federal Court, Gibson J.—Montréal, February 6, March 6; Ottawa, May 15, 2008.

Cour fédérale, juge Gibson—Montréal, 6 février, 6 mars; Ottawa, 15 mai 2008.

Patents — Practice — Appeal pursuant to Patent Act, s. 48.5 from Commissioner of Patents' re-examination decision cancelling appellant's patent — Standard of review in statutory appeal context — Patent Act not providing guidance as to how appeal dealt with — Pragmatic and functional analysis required — Substantive questions were mixed fact and law within board's expertise in context of legislative scheme intended to simplify matters — Recognizing high degree of deference owed to board, "reasonableness" appropriate standard of review on substantive issues — Re-examination board's failure to provide appellant with initiator's supplementary submissions, opportunity to respond thereto not breach of natural justice or procedural fairness — Initiator of request not "party" to re-examination process nor could have been under scheme of Act — Right to know case to be met, to respond thereto not arising in respect of material submitted during re-examination process but not constituting material which will be put before board — Re-examination board not improperly construing Genencor patent — Re-examination board not having same burden as courts in impeachment proceedings — Board not applying improper test for anticipation or misapplying proper test — Although not enumerating in reasons "essential elements" of Genencor patent in specific list, possible to deduce therefrom that each of issues analyzed in decision "essential" to Genencor patent, were all of issues essential thereto.

Brevets — Pratique — Appel interjeté en vertu de l'art. 48.5 de la Loi sur les brevets à l'encontre de la décision de réexamen du commissaire des brevets annulant le brevet de l'appelante — Norme de contrôle dans le contexte d'un appel prévu par la loi — La Loi sur les brevets ne prévoit rien quant à la façon de donner suite à l'appel — Une analyse pragmatique et fonctionnelle s'imposait — Les questions de fond étaient des questions mixtes de fait et de droit qui relevaient de l'expertise du conseil dans le contexte d'un régime législatif conçu pour simplifier les choses — Vu le haut niveau de retenue judiciaire qui doit être accordé au conseil, la norme de contrôle applicable aux questions de fond était celle de la « raisonnable » — L'omission du conseil de réexamen de faire parvenir les observations additionnelles de la partie qui a initié la demande à l'appelante et de lui donner la possibilité d'y répondre ne constituait pas un manquement à la justice naturelle ou à l'équité procédurale — La partie qui initie la demande n'est pas une « partie » à la procédure de réexamen; elle n'aurait d'ailleurs pu l'être selon le régime prévu à la Loi — Le droit de connaître la preuve à réfuter et d'y répondre ne s'applique pas aux documents soumis durant une procédure de réexamen, mais qui ne constituent pas des éléments de preuve matérielle devant être soumis au conseil — Le conseil de réexamen n'a pas commis d'erreur dans son interprétation du brevet de Genencor — Le conseil de réexamen n'a pas la même responsabilité que les tribunaux dans le cadre d'une action en invalidation — Le conseil n'a pas appliqué le mauvais critère pour évaluer s'il y avait antériorité et n'a pas mal appliqué ce critère — Même si le conseil n'a pas dressé la liste des « éléments essentiels » du brevet de Genencor dans ses motifs, il était possible d'en déduire que chacune des questions examinées et analysées dans la décision étaient « essentielles » au brevet de Genencor et constituaient la totalité des questions essentielles à ce brevet.

This was an appeal pursuant to *Patent Act*, section 48.5 from a decision of the Commissioner of Patents cancelling the appellant's Canadian Patent No. 2093422 (Genencor patent)

Il s'agissait d'un appel intenté en vertu de l'article 48.5 de la *Loi sur les brevets* à l'encontre de la décision par laquelle le commissaire aux brevets a annulé le brevet canadien

after Novozymes A/S requested a re-examination thereof pursuant to subsection 48.1(1). In making its request, Novozymes relied on eight items of prior art, which raised a question of obviousness. After submitting its initial re-examination request, Novozymes submitted supplementary submissions on two separate occasions to the re-examination board. Those submissions were not shared with the appellant and therefore the appellant was not provided an opportunity to respond thereto. The re-examination board concluded that the prior art anticipated the claims of the Genecor patent. The issues were: what is the appropriate standard of review; whether the Board breached the principles of natural justice and procedural fairness; whether the board improperly construed the claims of the Genecor Patent; whether the board applied the improper test for anticipation or misapplied the test; and whether the board erred in concluding that the prior art anticipated the claims of the Genecor patent.

Held, the appeal should be dismissed.

The Supreme Court of Canada's decision in *Dunsmuir v. New Brunswick* which dealt extensively with the issue of standard of review in a judicial review context, was issued the day after submissions were filed herein as to the appropriate standard of review. Although it was decided in a different context, it was to some degree instructive in the statutory appeal context. As *Patent Act*, section 48.5 expressly provides for an appeal to the Federal Court from decisions of re-examination boards, this appeal fell squarely within the parameters of *Federal Courts Act*, section 18.5. The re-examination board's decision was not subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with, except in accordance with the *Patent Act*. Unfortunately the *Patent Act* does not provide any such guidance. Accordingly it was necessary to perform a pragmatic and functional analysis (re-identified in *Dunsmuir* as a standard of review analysis). (1) The privative clause or statutory right of appeal factor was neutral. (2) As re-examination boards have considerable expertise in relation to their mandates, this factor justified a high degree of deference. (3) By enacting the re-examination process Parliament recognized the expertise of those who make up re-examination boards. Resort to the re-examination process does not foreclose impeachment proceedings. An appeal such as this is pursued only where re-examination results in a patent being deemed never to have been issued or to be narrowed. The re-examination scheme factor weighs in favour of a more deferential standard of review. (4) The Board made its decision based on its explicit legislative authority and mandate. The substantive questions before it were questions of mixed fact and law and were questions within its expertise in the context of a legislative scheme intended to simplify matters. In recognition of the high degree of deference owed to the board, the appropriate standard of review on the substantive issues was reasonableness. As the

n° 2093422 (le brevet de Genecor) de l'appelante après que Novozymes A/S a demandé le réexamen de ce brevet conformément au paragraphe 48.1(1). Dans sa demande, Novozymes s'est fondée sur huit antériorités, qui ont soulevé un point de fond vis-à-vis de l'évidence. Après avoir présenté sa demande initiale de réexamen, Novozymes a déposé des observations supplémentaires auprès du conseil de réexamen à deux reprises. Ces observations n'ont pas été communiquées à l'appelante et, par conséquent, celle-ci n'a pas eu la possibilité d'y répondre. Le conseil de réexamen a conclu que les antériorités devançaient les revendications du brevet de Genecor. Les questions litigieuses étaient celles de savoir quelle était la norme de contrôle applicable; si le conseil avait enfreint les principes de justice naturelle ainsi que l'équité procédurale; si le conseil avait commis une erreur dans son interprétation des revendications du brevet de Genecor; si le conseil avait appliqué le mauvais critère pour évaluer s'il y avait antériorité ou avait mal appliqué ce critère; et si le conseil avait commis une erreur en concluant que les antériorités devançaient les revendications du brevet de Genecor.

Jugement : l'appel doit être rejeté.

La Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, qui traitait de façon détaillée de la question de la norme de contrôle dans le contexte d'une révision judiciaire, le jour suivant le dépôt des observations en l'espèce quant à la norme de contrôle applicable. Bien que cette décision ait été prononcée dans un contexte différent, l'arrêt était, jusqu'à un certain point, instructif dans le contexte d'un appel prévu par la loi. Comme l'article 48.5 de la *Loi sur les brevets* prévoit expressément l'appel à la Cour fédérale des décisions de conseils de réexamen, l'appel en l'espèce cadrait clairement avec les paramètres de l'article 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales*. La décision du conseil de réexamen ne pouvait faire l'objet de contrôle, de restriction, de prohibition, d'évocation, d'annulation ni d'aucune autre intervention, sauf en conformité avec la *Loi sur les brevets*. Malheureusement, la *Loi sur les brevets* ne prévoit rien à cet égard. Par conséquent, la Cour a dû se livrer à une analyse pragmatique et fonctionnelle (remplacée dans l'arrêt *Dunsmuir* par une analyse relative à la norme de contrôle). 1) Le facteur relatif à la clause privative ou au droit d'appel était neutre. 2) Comme les conseils de réexamen détiennent une expertise considérable s'agissant de leurs mandats, ce facteur justifiait un haut niveau de retenue judiciaire. 3) En adoptant le processus de réexamen, le législateur a reconnu l'expertise de ceux qui constituent les conseils de réexamen. Le recours au processus de réexamen n'empêche pas une partie de se prévaloir de l'action en invalidation. Un appel comme celui en l'espèce n'est sollicité que lorsque le réexamen fait en sorte qu'un brevet est réputé n'avoir jamais été délivré ou perd une partie de sa portée. Le facteur relatif au régime de réexamen milite en faveur d'une norme de contrôle favorisant un plus grand degré de retenue judiciaire. 4) Le conseil a rendu sa décision en se fondant sur le pouvoir et le mandat qui lui sont expressément conférés par la loi. Les questions de fond dont il était saisi étaient des

respondents did not file submissions, the Court was substantially disadvantaged in the determination of this issue. If the reasons are found to be incorrect and the appropriate standard is found to be that applicable on an impeachment action, the Court's position will be untenable on substantive issues. The solution is a matter of policy for determination by Parliament, not for the Court.

The re-examination board's failure to provide the appellant with the supplementary submissions of Novozymes and to provide it with an opportunity to respond thereto did not constitute a breach of natural justice or procedural fairness. At the dates the supplementary submissions were provided, Novozymes was not a "party" to the re-examination process nor could it have been under the re-examination scheme of the Act once the re-examination process was instituted. Furthermore, these supplementary submissions were not forwarded to the re-examination board's files and its members. The right to know the case to be met and to respond thereto does not arise in respect of material that comes into the hands of the Canadian Intellectual Property Office during the course of a re-examination process but that does not constitute material which will be put before the board.

The re-examination board did not improperly construe the Genencor patent. The appellant's argument that a re-examination board, based on a generally one-sided presentation before it and in the absence of experts appearing before it and being cross-examined should take on the full role of a court in impeachment proceedings was rejected. Taking into account the expertise of the board's members and the fact that the proceeding before them is a re-examination only, not a full-blown impeachment proceeding, it would be inappropriate to place a burden on the board that was mandated for courts, given the board members' experience, their accustomed role and the role that is contemplated for them by the re-examination provisions of the Act.

The re-examination board did not apply an improper test for anticipation or misapply the proper test. Also, although the board did not enumerate in its reasons the "essential elements" of the patent in a specific list, it was possible to deduce therefrom that each of the issues discussed and analyzed in the decision were "essential" to the Genencor patent and were all of the issues essential to that patent. The board's reasons demonstrated that the prior art discloses all of the essential features of the invention claimed by the Genencor patent.

questions mixtes de fait et de droit, et elles relevaient de son expertise dans le contexte d'un régime législatif conçu pour simplifier les choses. Vu le haut niveau de retenue judiciaire qui doit être accordé au conseil, la norme de contrôle applicable aux questions de fond était celle de la raisonabilité. Comme les intimés n'ont produit aucune observation, la Cour a eu beaucoup de mal à rendre ses motifs à cet égard. Si ses conclusions sont erronées et que la norme de contrôle applicable est la même que pour une action en invalidation, la position de la Cour sera insoutenable sur les questions de fond. La solution réside dans un choix politique que doit faire le Parlement; ce n'est pas une question qui relève de la Cour.

L'omission du conseil de réexamen de faire parvenir les observations additionnelles de Novozymes à l'appelante et de lui donner la possibilité d'y répondre ne constituait pas un manquement à la justice naturelle ou à l'équité procédurale. Novozymes n'était pas « partie » à la procédure de réexamen aux dates où elle a présenté ses observations additionnelles; elle n'aurait d'ailleurs pu l'être, selon le régime de réexamen prévu à la Loi, une fois la procédure de réexamen initiée. Qui plus est, ces observations additionnelles n'ont pas été versées aux dossiers du conseil de réexamen ni transmises à ses membres. Le droit de connaître la preuve à réfuter et d'y répondre ne s'applique pas aux documents soumis à l'Office de la propriété intellectuelle du Canada durant une procédure de réexamen, mais qui ne constituent pas des éléments de preuve matérielle devant être soumis au conseil.

Le conseil de réexamen n'a pas commis d'erreur dans son interprétation du brevet de Genencor. L'argument de l'appelante selon lequel un conseil de réexamen, sur la base d'une présentation venue d'une seule partie et sans la comparaison d'experts ni le bénéfice d'un contre-interrogatoire, doit assumer pleinement le rôle d'une cour de justice dans une action en invalidation a été rejeté. Si l'on tient compte de l'expertise des membres du conseil et du fait que l'instance dont ils étaient saisis était une simple demande de réexamen et non une action en invalidation, il serait inapproprié d'imposer au conseil une responsabilité réservée aux tribunaux compte tenu de l'expérience des membres du conseil, de leur rôle habituel ainsi que du rôle qui leur est conféré par les dispositions de la Loi portant sur la procédure de réexamen.

Le conseil de réexamen n'a pas appliqué le mauvais critère pour évaluer s'il y avait antériorité et n'a pas mal appliqué ce critère. En outre, même si le conseil n'a pas dressé la liste des « éléments essentiels » du brevet dans ses motifs, il était possible d'en déduire que chacune des questions examinées et analysées dans la décision étaient « essentielles » au brevet de Genencor et constituaient la totalité des questions essentielles à ce brevet. Les motifs du conseil démontraient que la publication antérieure divulguait toutes les caractéristiques essentielles de l'invention revendiquée par le brevet de Genencor.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.5 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 338(1).
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 41 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Suppl.), c. 33, s. 16), 48.1 (as enacted *idem*, s. 18; S.C. 1993, c. 15, s. 45), 48.2 (as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Suppl.), c. 33, s. 18; S.C. 1993, c. 15, s. 46(F)), 48.3 (as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Suppl.), c. 33, s. 18), 48.4 (as enacted *idem*; S.C. 1993, c. 15, s. 47), 48.5 (as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Suppl.), c. 33, s. 18), 60.
Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 56(5).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Genencor International, Inc. v. Canada (Commissioner of Patents) (2007), 55 C.P.R. (4th) 378; 361 N.R. 274; 2007 FCA 129; leave to appeal to the S.C.C. denied, [2007] S.C.C.A. No. 272; *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190; (2008), 329 N.B.R. (2d) 1; 291 D.L.R. (4th) 577; 69 Admin. L.R. (4th) 1; 64 C.C.E.L. (3d) 1; 69 Imm. L.R. (3d) 1; 170 L.A.C. (4th) 1; 372 N.R. 1; 2008 SCC 9; *Hutchinson v. Canada (Minister of the Environment)*, [2003] 4 F.C. 580; (2003), 50 Admin. L.R. (3d) 255; [2004] CLLC 230-008; 2003 FCA 133; *Beloit Canada Ltd. v. Valmet OY* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289; 64 N.R. 287 (F.C.A.); *Cochlear Corp. v. Consem Neurostim Ltée* (1995), 64 C.P.R. (3d) 10; 102 F.T.R. 81 (F.C.T.D.).

DISTINGUISHED:

Whirlpool Corp. v. Camco Inc., [2000] 2 S.C.R. 1067; (2000), 194 D.L.R. (4th) 193; 9 C.P.R. (4th) 129; 263 N.R. 88; 2000 SCC 67.

CONSIDERED:

Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc., [2006] 1 S.C.R. 772; (2006), 268 D.L.R. (4th) 424; 53 Admin. L.R. (4th) 1; 49 C.P.R. (4th) 321; 348 N.R. 340; 2006 SCC 22; *Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2002] 4 S.C.R. 45; (2002), 219 D.L.R. (4th) 577; 21 C.P.R. (4th) 417; 296 N.R. 1; 2002 SCC 76; *Smart & Biggar v. Canada (Attorney General)* (2006), 59 C.P.R. (4th) 42; 305 F.T.R. 297; 2006 FC 1542; aff'd (2008), 291 D.L.R. (4th) 660; 65 C.P.R. (4th) 303; 2008 FCA 129; *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

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 41 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 16), 48.1 (édicte, *idem*, art. 18; L.C. 1993, ch. 15, art. 45), 48.2 (édicte par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 18; L.C. 1993, ch. 15, art. 46(F)), 48.3 (édicte par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 18), 48.4 (édicte, *idem*; L.C. 1993, ch. 15, art. 47), 48.5 (édicte par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 18), 60.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.5 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28).
Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 56(5).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 338(1).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Genencor International, Inc. c. Canada (Commissaire aux brevets), 2007 CAF 129; autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2007] S.C.C.A. n° 272; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190; (2008), 329 R.N.-B. (2e) 1; 2008 CSC 9; *Hutchinson c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [2003] 4 C.F. 580; 2003 CAF 133; *Beloit Canada Ltée c. Valmet OY*, A-362-84, le juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 10 février 1986, C.A.F.; *Cochlear Corp. c. Consem Neurostim Ltée*, [1995] A.C.F. n° 1433 (1^{re} inst.) (QL).

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Whirlpool Corp. c. Camco Inc., [2000] 2 R.C.S. 1067; 2000 CSC 67.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc., [2006] 1 R.C.S. 772; 2006 CSC 22; *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45; 2002 CSC 76; *Smart & Biggar c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 1542; conf. par 2008 CAF 129; *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *CIBA-Geigy Canada Ltée c. Canada (Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés)*, [1994] 3 C.F. 425 (1^{re} inst.); conf. par [1994] A.C.F. n° 884 (C.A.) (QL); *Gittel c. Air Atlantic (1995) Ltd.*, [1998] A.C.F. n° 1723 (1^{re} inst.) (QL).

N.R. 353; *CIBA-Geigy Canada Ltd. v. Canada (Patented Medicine Prices Review Board)*, [1994] 3 F.C. 425; (1994), 26 Admin. L.R. (2d) 253; 55 C.P.R. (3d) 482; 77 F.T.R. 197 (T.D.); aff'd (1994) 56 C.P.R. (3d) 377; 170 N.R. 360 (F.C.A.); *Gittel v. Air Atlantic (1995) Ltd.* (1998), 159 F.T.R. 78 (F.C.T.D.)

REFERRED TO:

Genencor International, Inc. v. Canada (Commissioner of Patents) (2007), 55 C.P.R. (4th) 395; 2007 FC 376; *Genencor International, Inc. v. Canada (Commissioner of Patents)* (2007), 61 C.P.R. (4th) 426; 2007 FC 843; *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; 11 C.H.R.R. D/1; 89 CLLC 17,022; 100 N.R. 241.

APPEAL pursuant to *Patent Act*, section 48.5 from a decision of the Commissioner of Patents cancelling the appellant's patent after a request thereto for a re-examination thereof was made pursuant to subsection 48.1(1). Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Hélène D'Iorio for appellant.
Alexander Pless for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Gowling Lafleur Henderson LLP, Montréal, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

GIBSON J.:

INTRODUCTION

[1] On April 15, 2004, Novozymes A/S (Novozymes) requested re-examination of Canadian Patent No. 2093422 (the Genencor patent) pursuant to subsection 48.1(1) of the *Patent Act*¹ (the Act).² The re-examination process described in sections 48.1 to 48.4 [ss. 48.1 (as

DÉCISIONS CITÉES :

Genencor International, Inc. c. Canada (Commissaire aux brevets), 2007 CF 376; *Genencor International, Inc. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, 2007 CF 843; *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.

APPEL interjeté en vertu de l'article 48.5 de la *Loi sur les brevets* à l'encontre de la décision par laquelle le commissaire aux brevets a annulé le brevet de l'appelante après qu'une demande de réexamen de ce brevet a été présentée conformément au paragraphe 48.1(1). Appel rejeté.

ONT COMPARU :

Hélène D'Iorio pour l'appelante.
Alexander Pless pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Gowling Lafleur Henderson s.r.l., Montréal, pour l'appelante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE GIBSON :

INTRODUCTION

[1] Le 15 avril 2004, Novozymes A/S (Novozymes) a demandé le réexamen du brevet canadien n° 2093422 (le brevet de Genencor), conformément au paragraphe 48.1(1) de la *Loi sur les brevets*¹ (la Loi)². La procédure de réexamen, décrite aux articles 48.1 à 48.4 [art. 48.1

enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 18; S.C. 1993, c. 15, s. 45), 48.2 (as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 18; S.C. 1993, c. 15, s. 46(F)), 48.3 (as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 18), 48.4 (as enacted *idem*; S.C. 1993, c. 15, s. 47)] of the Act followed. All claims of the Genencor patent were cancelled with the result that the Genencor patent was deemed never to have been issued.³ An appeal to this Court by the patentee followed pursuant to section 48.5 [as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 18] of the Act. The appeal was heard at Montréal on February 6, 2008. The Commissioner of Patents filed only the affidavit of Murray Wilson,⁴ interim Chairperson of the Patent Appeal Board, on the appeal and took no part in the hearing. At the request of the Court, counsel for Genencor International, Inc. (Genencor) and the Attorney General of Canada (the Attorney General) filed further written submissions on March 6, 2008, on the issue of standard of review.

[2] These are the reasons of the Court for its decision to dismiss the appeal.

THE BACKGROUND

(1) The legal framework

[3] Sections 48.1 to 48.5 of the Act read as follows:

48.1 (1) Any person may request a re-examination of any claim of a patent by filing with the Commissioner prior art, consisting of patents, applications for patents open to public inspection and printed publications, and by paying a prescribed fee.

(2) A request for re-examination under subsection (1) shall set forth the pertinency of the prior art and the manner of applying the prior art to the claim for which re-examination is requested.

(3) Forthwith after receipt of a request for re-examination under subsection (1), the Commissioner shall send a copy of the request to the patentee of the patent in respect of which the request is made, unless the patentee is the person who made the request.

48.2 (1) Forthwith after receipt of a request for re-examination under subsection 48.1(1), the Commissioner

(édicte par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 18; L.C. 1993, ch. 15, art. 45), 48.2 (édicte par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 18; L.C. 1993, ch. 15, art. 46(F)), 48.3 (édicte par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 18), 48.4 (édicte, *idem*; L.C. 1993, ch. 15, art. 47)], a été tenue et toutes les revendications du brevet de Genencor ont été annulées, de sorte que le brevet de Genencor a été réputé n'avoir jamais été délivré³. La titulaire du brevet a interjeté appel à la Cour en vertu de l'article 48.5 [édicte par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 18] de la Loi. L'appel a été entendu à Montréal le 6 février 2008. Le commissaire aux brevets n'a déposé que l'affidavit de Murray Wilson⁴, le directeur intérimaire de la Commission d'appel des brevets et n'a pas participé à l'audience. À la demande de la Cour, l'avocate de Genencor International, Inc. (Genencor) et le procureur général du Canada (le procureur général) ont déposé d'autres observations écrites le 6 mars 2008, au sujet de la norme de contrôle.

[2] Voici les motifs pour lesquels la Cour a décidé de rejeter l'appel.

LE CONTEXTE

1) Le cadre législatif

[3] Les articles 48.1 à 48.5 de la Loi prévoient ce qui suit :

48.1 (1) Chacun peut demander le réexamen de toute revendication d'un brevet sur dépôt, auprès du commissaire, d'un dossier d'antériorité constitué de brevets, de demandes de brevet accessibles au public et d'imprimés et sur paiement des taxes réglementaires.

(2) La demande énonce la pertinence du dossier et sa correspondance avec les revendications du brevet.

(3) Sur réception de la demande, le commissaire en expédie un double au titulaire du brevet attaqué, sauf si celui-ci est également le demandeur.

48.2 (1) Sur dépôt de la demande, le commissaire constitue un conseil de réexamen formé d'au moins trois conseillers,

shall establish a re-examination board consisting of not fewer than three persons, at least two of whom shall be employees of the Patent Office, to which the request shall be referred for determination.

(2) A re-examination board shall, within three months following its establishment, determine whether a substantial new question of patentability affecting any claim of the patent concerned is raised by the request for re-examination.

(3) Where a re-examination board has determined that a request for re-examination does not raise a substantial new question affecting the patentability of a claim of the patent concerned, the board shall so notify the person who filed the request and the decision of the board is final for all purposes and is not subject to appeal or to review by any court.

(4) Where a re-examination board has determined that a request for re-examination raises a substantial new question affecting the patentability of a claim of the patent concerned, the board shall notify the patentee of the determination and the reasons therefor.

(5) A patentee who receives notice under subsection (4) may, within three months of the date of the notice, submit to the re-examination board a reply to the notice setting out submissions on the question of the patentability of the claim of the patent in respect of which the notice was given.

48.3 (1) On receipt of a reply under subsection 48.2(5) or in the absence of any reply within three months after notice is given under subsection 48.2(4), a re-examination board shall forthwith cause a re-examination to be made of the claim of the patent in respect of which the request for re-examination was submitted.

(2) In any re-examination proceeding under subsection (1), the patentee may propose any amendment to the patent or any new claims in relation thereto but no proposed amendment or new claim enlarging the scope of a claim of the patent shall be permitted.

(3) A re-examination proceeding in respect of a claim of a patent shall be completed within twelve months of the commencement of the proceedings under subsection (1).

48.4 (1) On conclusion of a re-examination proceeding in respect of a claim of a patent, the re-examination board shall issue a certificate

- (a) cancelling any claim of the patent determined to be unpatentable;
- (b) confirming any claim of the patent determined to be patentable; or
- (c) incorporating in the patent any proposed amended or new claim determined to be patentable.

dont deux au moins sont rattachés au Bureau des brevets, qui se saisissent de la demande.

(2) Dans les trois mois suivant sa constitution, le conseil décide si la demande soulève un nouveau point de fond vis-à-vis de la brevetabilité des revendications du brevet en cause.

(3) Le conseil avise le demandeur de toute décision négative, celle-ci étant finale et ne pouvant faire l'objet d'un appel ou d'une révision judiciaire.

(4) En cas de décision positive, le conseil expédie un avis motivé de la décision au titulaire du brevet.

(5) Dans les trois mois suivant la date de l'avis, le titulaire en cause peut expédier au conseil une réponse exposant ses observations sur la brevetabilité des revendications du brevet visé par l'avis.

48.3 (1) Sur réception de la réponse ou au plus tard trois mois après l'avis mentionné au paragraphe 48.2(4), le conseil se saisit du réexamen des revendications du brevet en cause.

(2) Le titulaire peut proposer des modifications au brevet ou toute nouvelle revendication à cet égard qui n'ont pas pour effet d'élargir la portée des revendications du brevet original.

(3) Le réexamen doit être terminé dans les douze mois suivant le début de la procédure.

48.4 (1) À l'issue du réexamen, le conseil délivre un constat portant rejet ou confirmation des revendications du brevet attaqué ou, le cas échéant, versant au brevet toute modification ou nouvelle revendication jugée brevetable.

(2) A certificate issued in respect of a patent under subsection (1) shall be attached to the patent and made part thereof by reference, and a copy of the certificate shall be sent by registered mail to the patentee.

(3) For the purposes of this Act, where a certificate issued in respect of a patent under subsection (1)

(a) cancels any claim but not all claims of the patent, the patent shall be deemed to have been issued, from the date of grant, in the corrected form;

(b) cancels all claims of the patent, the patent shall be deemed never to have been issued; or

(c) amends any claim of the patent or incorporates a new claim in the patent, the amended claim or new claim shall be effective, from the date of the certificate, for the unexpired term of the patent.

(4) Subsection (3) does not apply until the time for taking an appeal has expired under subsection 48.5(2) and, if an appeal is taken, subsection (3) applies only to the extent provided in the final judgment on the appeal.

48.5 (1) Any decision of a re-examination board set out in a certificate issued under subsection 48.4(1) is subject to appeal by the patentee to the Federal Court.

(2) No appeal may be taken under subsection (1) after three months from the date a copy of the certificate is sent by registered mail to the patentee.

[4] Sections 48.1 to 48.5 were added to the Act in 1987⁵. A cursory review of the parliamentary history indicates that no particular reference was made in Parliament or in parliamentary committee to these provisions. That being said, the purpose of the provisions would appear to be to provide a relatively summary and inexpensive alternative to a full-blown impeachment process by litigation or an opportunity for a patentee to have the Patent Office reconsider the claims of an issued patent.

[5] This would appear to be the first appeal to be considered by this Court from the re-examination process.

(2) The patent at issue

[6] The following description is extracted with little modification from Genencor's amended memorandum of fact and law, paragraphs 13 to 23, which paragraphs are uncontradicted before the Court.

(2) Le constat est annexé au brevet, dont il fait partie intégrante. Un double en est expédié, par courrier recommandé, au titulaire du brevet.

(3) Pour l'application de la présente loi, lorsqu'un constat :

a) rejette une revendication du brevet sans en rejeter la totalité, celui-ci est réputé, à compter de la date de sa délivrance, délivré en la forme modifiée;

b) rejette la totalité de ces revendications, le brevet est réputé n'avoir jamais été délivré;

c) modifie une telle revendication ou en inclut une nouvelle, l'une ou l'autre prend effet à compter de la date du constat jusqu'à l'expiration de la durée du brevet.

(4) Le paragraphe (3) ne s'applique qu'à compter de l'expiration du délai visé au paragraphe 48.5(2). S'il y a appel, il ne s'applique que dans la mesure prévue par le jugement définitif rendu en l'espèce.

48.5 (1) Le titulaire du brevet peut saisir la Cour fédérale d'un appel portant sur le constat de décision visé au paragraphe 48.4(1).

(2) Il ne peut être formé d'appel plus de trois mois après l'expédition du double du constat au titulaire du brevet.

[4] Les articles 48.1 à 48.5 ont été ajoutés à la Loi en 1987⁵. Un examen rapide des travaux préparatoires n'indique aucune référence spécifique à ces articles, tant au Parlement qu'en comité parlementaire. Cela dit, le but de ces dispositions semble être la création d'une procédure sommaire et d'une solution de rechange peu coûteuse aux procédures d'invalidation devant les tribunaux, ainsi que la possibilité pour un breveté d'obtenir le réexamen par le Bureau des brevets des revendications d'un brevet déjà délivré.

[5] Il s'agit vraisemblablement de la première occasion qu'a la Cour de se prononcer en appel sur la procédure de réexamen.

2) Le brevet en cause

[6] La description suivante est extraite, avec peu de modifications, des paragraphes 13 à 23 du mémoire des faits et du droit modifié de Genencor. Ces paragraphes n'ont pas été contredits devant la Cour.

[7] The Genencor patent is directed to a detergent composition comprising a fungal cellulase which imparts improvements in softening, colour retention/restoration, feel and strength loss to cotton-containing fabrics washed in a wash medium containing such a composition. Cellulases are known in the art to be useful in detergent compositions for the purposes of enhancing the cleaning ability of the composition, for use as a softening agent and for improving the feel of cotton fabrics.

[8] Cellulases are enzymes that break down or hydrolyze cellulose, which is a long-chain polymer, into smaller units. These smaller units include glucose, cellobiose and cello-oligosaccharides and the like.

[9] Cellulases are produced in fungi and bacteria. Those produced in fungi have been extensively used because certain fungi produce a complete cellulase system capable of degrading crystalline forms of cellulose and because they can be produced in large quantities.

[10] The softening and colour restoration properties of cellulase have been attributed to the endoglucanase components in cellulase compositions but the exact mechanism of action of the cellulase is not fully understood.

[11] While the benefits associated with the use of cellulase in detergent components are known, there also exists an important drawback. The main disadvantage is that cellulase degrades cotton-containing fabrics resulting in a loss of strength of the fabrics. This has led to a reluctance to use cellulase compositions in commercial detergent applications.

[12] Genencor alleges that it has found that fungal cellulase compositions containing endoglucanases can be used in detergent compositions and if the cellulase compositions contain less than about 5 weight percent of CBH [cellobiohydrolase] I type components, the detergent compositions will impart less strength loss to the fabrics.

[13] As disclosed in the Genencor patent, the amount of cellulase, and not the relative rate of hydrolysis of the

[7] Le brevet de Genencor vise une composition détergente comportant une cellulase fongique qui confère aux tissus à base de coton lavés dans une lessive contenant cette composition, des améliorations sur les plans de l'adoucissement, de la rétention ou du ravivement des couleurs, du toucher et de la résistance. L'utilité des cellulases est connue par les personnes versées dans le domaine : elles améliorent la capacité de nettoyage des détergents, leur capacité d'assouplissement et le toucher qu'ils impartissent aux tissus de coton.

[8] Les cellulases sont des enzymes qui cassent ou hydrolysent la cellulose, un polymère à longue chaîne, en de petits fragments. Ces fragments peuvent être du glucose, de la cellobiose, des cello-oligosaccharides, etc.

[9] Les cellulases sont produites par les champignons ou les bactéries. L'étude de celles secrétées par les champignons a été poussée très loin, parce que certains d'entre eux produisent un système cellulasique qui casse la cellulose cristalline et qu'on peut faire croître ces organismes en grande quantité.

[10] On a attribué les propriétés de ravivement des couleurs et d'adoucissement de la cellulase aux endoglucanases présentes dans les compositions de cellulase, bien que l'on ne comprenne pas entièrement le mécanisme exact de l'action de la cellulase.

[11] En dépit des avantages reconnus de l'ajout de cellulase aux détergents, cette substance présente un inconvénient majeur, celui de dégrader les tissus à base de coton ce qui entraîne une perte de leur résistance. Ainsi, on hésite à inclure la cellulase dans la composition des détergents commerciaux.

[12] Genencor prétend qu'elle a découvert que des mélanges à base de cellulase fongique contenant des endoglucanases pouvaient servir à la composition de détergents et que, si les compositions à base de cellulase contiennent moins que 5% en poids de composants de cellobiohydrolase I (CBH I), les détergents résultants affaibliront moins les tissus.

[13] Ainsi que divulgue le brevet de Genencor, c'est la quantité de cellulase plutôt que la vitesse relative de

specific enzymatic components to produce reducing sugars from cellulose impart the desired detergent properties to the cotton-containing fabrics, namely colour restoration, improved softening and improved cleaning to detergent compositions. As such, the claims of the Genencor patent specify that the detergent composition comprises from about 0.01 to about 5 weight percent of a fungal cellulase composition based on the weight of the detergent composition. The cellulase composition itself comprises one or more EG [endoglucanase] type components and less than about 5 weight percent of CBH I type components based on the weight of protein in the cellulase composition.

[14] The Genencor patent, comprising 21 claims, has detergent composition claims (claims 1 to 7), method for enhancing the softness of a cotton-containing fabric claims (claims 8 to 14) and method for retaining/restoring the colour of a cotton-containing fabric claims (claims 15 to 21). There is one independent claim for each of these three different sets of claims.

(3) Novozymes' request for re-examination

[15] As previously indicated in these reasons, a firm of patent and trade-mark agents filed on behalf of Novozymes a request for re-examination of the Genencor patent, dated April 15, 2004. In the request, Novozymes relied on eight items of prior art of which the first was Canadian patent application No. 2082279 to Rasmussen *et al.*, filed on May 8, 1991 (the Rasmussen application). In summary, and in light of the prior art submitted, Novozymes submitted that:

1. The subject matter of claims 1-21 of the [Genencor] patent was disclosed by Rasmussen in the Rasmussen application which was filed in Canada before the Genencor patent's claim date contrary to paragraph 28.2(1)(c) of the Patent Act.

2. Claims 1 to 21 of the Genencor patent are obvious in view of Rasmussen.

3. Claims 1 to 21 of the Genencor patent are anticipated in view of another reference.

l'hydrolyse des composés enzymatiques spécifiques qui freine la production de sucres à partir de la cellulose, ce qui dote la composition détergente des propriétés désirées pour la lessive des tissus à base de coton, notamment le ravivement des couleurs, l'assouplissement amélioré et un nettoyage plus poussé. Ainsi, la revendication du brevet de Genencor précise que le détergent contient entre 0,01 et 5 % en poids d'une composition de cellulase fongique. La composition de la cellulase elle-même comporte un ou plusieurs composants de type endoglucanase (EG) et moins de 5 % en poids de composants CBH I, en fonction de la proportion en poids de la composition formée par les protéines.

[14] Le brevet de Genencor présente vingt et une revendications : les revendications 1 à 7 visent la composition du détergent, les revendications 8 à 14 portent sur la méthode d'accumulation de la douceur des tissus à base de coton et les revendications 15 à 21 précisent la méthode pour conserver ou raviver les couleurs de tissus à base de coton. On trouve une revendication indépendante pour chacune de ces trois séries de revendications.

3) La demande de réexamen de Novozymes

[15] Comme nous l'avons indiqué précédemment, une firme d'agents de brevets et de marques de commerce a déposé pour le compte de Novozymes une demande de réexamen du brevet de Genencor le 15 avril 2004. Dans la demande, Novozymes s'est fondée sur huit antériorités, dont la demande de brevet canadien n° 2082279 de Rasmussen *et al.*, déposée le 8 mai 1991 (la demande de Rasmussen). En résumé, et à la lumière du dossier d'antériorité déposé, Novozymes allègue ce qui suit :

[TRANSDUCTION]

1. L'objet des revendications 1 à 21 du brevet [de Genencor] a été divulgué par Rasmussen dans la demande de Rasmussen, qui a été déposée au Canada avant la date de revendication du brevet de Genencor, ce qui est contraire à l'alinéa 28.2(1)c) de la *Loi sur les brevets*.

2. Les revendications 1 à 21 du brevet de Genencor sont évidentes eu égard à Rasmussen.

3. Les revendications 1 à 21 sont antérieures eu égard à une autre antériorité.

4. Claims 1 to 21 of the Genencor patent are obvious in view of a combination of two other references.

5. Claims 1 to 21 of the Genencor patent are obvious in view of a combination of four other references.

6. Claims 1 to 21 of the Genencor patent are obvious in view of a combination of five references including the Rasmussen application.

7. Claims 3 to 7, 10 to 14 and 17 to 21 of the Genencor patent are anticipated and/or obvious in view of one other reference.

[16] The Novozymes' submission concludes:

In view of the above submissions, a substantial new question of patentability affecting each of claims 1 to 21 in the [Genencor patent] has been raised, and it is submitted that all of the claims are unpatentable and should be cancelled.

(4) The parties

[17] Genencor International, Inc. is the patentee of the patent at issue and the appellant to this Court. The Commissioner of Patents is, through the re-examination board (the board), the source of the decision under appeal.

[18] Notably, Novozymes, the initiator of the request for re-examination, is not a party. That issue, that is to say, the appropriateness of Novozymes being a party to this appeal, was settled by the Federal Court of Appeal in *Genencor International, Inc. v. Canada (Commissioner of Patents)*.⁶ In that decision, the Court quoted subsection 338(1) of the *Federal Courts Rules*⁷ which reads as follows:

338. (1) Unless the Court orders otherwise, an appellant shall include as a respondent in an appeal

- (a) every party in the first instance who is adverse in interest to the appellant in the appeal;
- (b) any other person required to be named as a party by an Act of Parliament pursuant to which the appeal is brought; and
- (c) where there are no persons that are included under paragraph (a) or (b), the Attorney General of Canada.

The Court concluded that Novozymes was not a "party in the first instance" within the meaning of paragraph 338(1)(a). It wrote at paragraphs 7-9 of its reasons:

4. Les revendications 1 à 21 du brevet de Genencor sont évidentes eu égard à la combinaison de deux autres antériorités.

5. Les revendications 1 à 21 du brevet de Genencor sont évidentes eu égard à la combinaison de quatre autres antériorités.

6. Les revendications 1 à 21 du brevet de Genencor sont évidentes eu égard à la combinaison de cinq antériorités, dont la demande de Rasmussen.

7. Les revendications 3 à 7, 10 à 14 et 17 à 21 du brevet de Genencor sont soit antériorisées, soit évidentes, ou les deux eu égard à une autre antériorité.

[16] Novozymes conclut ainsi :

[TRADUCTION] Eu égard aux éléments susmentionnés, un nouveau point de fond vis-à-vis de la brevetabilité de chacune des revendications 1 à 21 du [brevet de Genencor] est soulevé, et nous soutenons que toutes les revendications sont non brevetables et devraient être rejetées.

4) Les parties

[17] Genencor International, Inc. est la titulaire du brevet attaqué et appelante devant notre Cour. Le commissaire aux brevets, par le truchement du conseil de réexamen (le conseil), est la source de la décision frappée d'appel.

[18] Fait remarquable, Novozymes, qui a initié la demande de réexamen, n'est pas une partie au litige. Cette question, à savoir l'opportunité de sa désignation comme partie, a été tranchée par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Genencor International, Inc. c. Canada (Commissaire aux brevets)*.⁶ Dans cet arrêt, la Cour s'est appuyée sur le paragraphe 338(1) des *Règles des Cours fédérales*⁷, qui prévoit :

338. (1) Sauf ordonnance contraire de la Cour, l'appellant désigne les personnes suivantes à titre d'intimés dans l'appel :

- a) toute personne qui était une partie dans la première instance et qui a dans l'appel des intérêts opposés aux siens;
- b) toute autre personne qui doit être désignée à titre de partie aux termes de la loi fédérale qui autorise l'appel;
- c) si les alinéas a) et b) ne s'appliquent pas, le procureur général du Canada.

La Cour a conclu que Novozymes n'était pas une « partie dans la première instance » au sens de l'alinéa 338(1)a). Elle a écrit aux paragraphes 7 à 9 de ses motifs :

Re-examination pursuant to sections 48.1 to 48.5 of the Act is a two-step process. Both stages do not involve the same parties. The first stage involves the filing of a request by a requestor..., the establishment of a re-examination board by the Commissioner in response to this request... and the preliminary decision by the re-examination board as to whether the request raises a substantial new question of patentability....

The second stage follows the re-examination board's determination that a substantial new question of patentability is raised... The requestor is not a party to this second phase of the process. Only the re-examination board and the patentee are parties to that phase. Only the patentee is given notice of such determination... and is entitled to make submissions..., to propose amendments to the patent... and to receive a copy of the certificate.... Only the patentee is given a right of appeal....

Although Novozymes, as the requestor, triggered the re-examination process, it did not and could not participate in the second stage of the re-examination process. [References to provisions of sections 48.1 to 48.5 of the Act omitted.]

In light of the above, and particularly given the determination by the Commissioner of Patents not to take an active part in the appeal, pursuant to paragraph 338(1)(c) of the Rules, the Attorney General of Canada was added as a respondent. While the Attorney General, as respondent, chose not to intervene on the "merits" of the decision under appeal, he did "defend the position that both the process provided by statute and the principles of natural justice were respected in the present instance." The failure of the Court to have before it a respondent speaking to the merits of the decision under appeal resulted in serious difficulties for the Court. In reality, the Court heard only "one side" of the issues on the merits. More will be said about that later in these reasons.

[19] Novozymes sought leave to be added as an intervenor in the appeal. That motion was rejected by Prothonotary Tabib. Prothonotary Tabib's order was appealed.⁸ The appeal was rejected by Justice Hansen.⁹

(5) The re-examination process

[20] As earlier noted, by correspondence dated April 15, 2004, and filed on April 22, Novozymes requested re-examination of the Genencor patent in accordance

Le mécanisme de réexamen prévu par les articles 48.1 à 48.5 de la Loi prévoit deux étapes. Les deux étapes ne concernent pas les mêmes parties. La première étape comprend le dépôt d'une demande par le demandeur [...], la constitution d'un conseil de réexamen par le commissaire en réponse à la demande [...] et la décision préliminaire du conseil de réexamen sur la question de savoir si la demande soulève un nouveau point de fond vis-à-vis de la brevetabilité [...]

La deuxième étape vient après la décision du conseil au sujet de l'existence d'un nouveau point de fond vis-à-vis de la brevetabilité [...] L'auteur de la demande de réexamen n'est pas partie à la deuxième étape du processus. Seul le conseil de réexamen et le titulaire du brevet participent à cette étape. Seul le titulaire du brevet est informé de cette décision [...] et a le droit de présenter des observations [...], de proposer des modifications au brevet [...] et de recevoir une copie du constat [...] Seul le titulaire du brevet bénéficie d'un droit d'appel [...]

Novozymes a déclenché, en qualité d'auteur de la demande, le processus de réexamen, mais elle n'a pas participé à la deuxième étape du processus de réexamen et n'était pas autorisée à le faire. [La référence aux dispositions des articles 48.1 à 48.5 de la Loi est omise.]

À la lumière de ce qui précède, particulièrement de la décision du commissaire aux brevets de ne pas jouer un rôle actif dans l'appel, le procureur général du Canada a été ajouté en tant qu'intimé en vertu de l'alinéa 338(1)c) des Règles. Même s'il a choisi de ne pas intervenir sur le fond de la décision faisant l'objet de l'appel, il a toutefois [TRADUCTION] « défendu la position que tant la procédure prévue par la loi que les principes de justice naturelle ont été respectés dans la présente instance ». Le fait qu'un intimé n'ait pas présenté d'argumentation sur le fond de la décision frappée d'appel a causé d'importantes difficultés à la Cour, parce qu'elle n'a, en réalité, entendu qu'« un côté de la médaille » sur le fond. Je reviendrai sur ce point.

[19] Novozymes a sollicité l'autorisation d'être désignée à titre d'intervenante dans l'appel. La requête a été rejetée par la protonotaire Tabib⁸. Un appel a été interjeté de cette décision, que le juge Hansen a rejeté⁹.

5) La procédure de réexamen

[20] Comme nous l'avons vu, Novozymes a demandé le réexamen du brevet de Genencor, conformément au paragraphe 48.1(1) de la Loi, par lettre datée du 15 avril

with subsection 48.1(1) of the Act. As required by subsection 48.2(1) of the Act, the Commissioner of Patents established a three-member re-examination board (the board) and referred Novozymes' requests to it for determination. Notice of the request for re-examination of the Genencor patent was given by the Commissioner to Genencor by letter dated June 10, 2004 enclosing a copy of the request for re-examination and a copy of the prior art submitted in support of the request.¹⁰ The Commissioner noted that the request fulfilled the requirements of subsections 48.1(1) and (2) of the Act. He further advised that a re-examination board had been established and advised of the names of the members of that board. Finally, he advised:

Within three months of the date hereof, the re-examination Board will give notice of its determination as to whether a substantial new question of patentability is raised by the request.

[21] By letter dated September 3, 2004,¹¹ the members of the board advised Genencor in part:

In summary, the Board is of the opinion that the prior art submitted by the requestor raises a substantial new question of obviousness with respect to claims 1 to 21.

Under subsection 48.2(5) the patentee may, within three months of the date of the notice, respond with a submission to the Board on these questions of patentability raised by the Board.

It is noteworthy that only the issue of obviousness survived the preliminary review.

[22] Genencor responded with extensive submissions under the date of December 3, 2004.¹² It concluded:

The prior art referred to by the Board neither discloses nor suggests (alone or in combination) the novel detergent compositions claimed in the Genencor patent or methods for enhancing softness of cotton-containing fabric or retaining/restoring the colour of cotton-containing fabrics using same. The applied references merely teach what was already known in the art, endoglucanases or components having endoglucanase activity and their use in detergent compositions. However, there is no teaching or suggestion in such references of limiting the amount of CBH I type components to less than 5 weight percent, which improvement results in decreased strength loss of the fabric upon washing.

2004 et déposée le 22 avril. Le commissaire aux brevets a constitué un conseil de réexamen de trois membres, comme l'exige le paragraphe 48.2(1) de la Loi, qui se sont saisis de la demande de Novozymes. Genencor a été avisée de la demande de réexamen par une lettre du commissaire datée du 10 juin 2004. Cette lettre contenait une copie de la demande de réexamen, ainsi qu'une copie du dossier d'antériorité sur lequel s'appuie la demande¹⁰. Le commissaire y soulignait que la demande remplissait les exigences des paragraphes 48.1(1) et (2) de la Loi. Il indiquait également que le conseil de réexamen avait été mis sur pied, et il divulguait les noms des membres du conseil. Il terminait ainsi :

[TRADUCTION] Dans les trois mois qui suivent la date de la présente, le conseil de réexamen fera connaître sa conclusion, à savoir si une nouvelle question de fond au sujet de la brevetabilité est soulevée par la demande.

[21] Par lettre datée du 3 septembre 2004¹¹, les membres du conseil ont transmis l'avis suivant à Genencor :

[TRADUCTION] En résumé, le conseil est d'avis que le dossier d'antériorité déposé par le demandeur soulève un nouveau point de fond vis-à-vis de l'évidence à l'égard des revendications 1 à 21.

Selon le paragraphe 48.2(5), le titulaire du brevet peut, dans les trois mois suivant la date de l'avis, expédier au conseil une réponse exposant ses observations sur les questions de brevetabilité qui ont été soulevées.

Il convient de noter que seule la question de l'évidence a survécu à l'examen préliminaire.

[22] Genencor a répondu par de très longues observations le 3 décembre 2004¹². Elle a conclu ainsi :

[TRADUCTION] L'antériorité à laquelle le Conseil fait référence ne divulgue pas plus qu'elle ne suggère (seule ou en combinaison) les compositions détergentes nouvelles revendiquées par le brevet de Genencor ou les méthodes pour améliorer la souplesse des tissus à base de coton, ou pour maintenir ou raviver les couleurs de ces tissus avec ladite composition. Les antériorités opposées ne font que nous informer des notions connues dans le domaine, en particulier les endoglucanases ou les composants ayant une activité endoglucanasique et leur utilisation dans les compositions détergentes. Toutefois, ces antériorités n'enseignent ni ne suggèrent qu'en limitant la teneur des composants de type

Accordingly, it is respectfully requested that the rejection of claims 1 to 21 on the grounds of anticipation and obviousness be withdrawn.

[23] Under date of May 9, 2005, the board again communicated with Genencor.¹³ It concluded:

The Board maintains that Rasmussen raises a substantial new question of patentability of the claimed invention with respect to claims 1 to 21.

It is noteworthy that the board once again narrowed its concern, in this case to the Rasmussen application reference, but no longer restricted its reliance on that reference to obviousness.

[24] Genencor once again availed itself of the opportunity to respond. By communication dated August 9, 2005,¹⁴ it concluded:

It is respectfully submitted that claims of the Genencor patent, when properly construed, do not lack novelty in view of Rasmussen as Rasmussen does not disclose a detergent composition comprising a surfactant or a mixture of surfactants and a fungal cellulase composition comprising one or more EG type components and less than about 5 weight per cent of CBH I type components, as defined in the Genencor patent. Accordingly, it is respectfully requested that the rejection of claims 1 to 21 on the ground of anticipation by Rasmussen be withdrawn. [Emphasis added.]

[25] In the affidavit of Murray Wilson before the Court, Mr. Wilson who was at all relevant times chairman of the re-examination board, the decision of which is here at issue, attested:

During the re-examination process, any correspondence that was sent to the patentee was also sent as a copy to the requestor [Novozymes] as a courtesy. The requestor is routinely copied on correspondence from the re-examination board to the patentee to indicate that the re-examination process is ongoing. At no time after the re-examination process was initiated was correspondence directly addressed to the requestor nor was the requestor invited to respond to any courtesy correspondence that it received from the re-examination board.

CBH I à moins de 5 % en poids, on confère des améliorations qui diminuent la perte de résistance des tissus par le lavage.

Par conséquent, nous demandons respectueusement que le rejet des revendications 1 à 21 pour les motifs d'antériorité et d'évidence soit retiré.

[23] Le 9 mai 2005, le conseil a recommuniqué avec Genencor, pour lui transmettre la conclusion suivante¹³ :

[TRADUCTION] Le conseil conclut que Rasmussen soulève un nouveau point de fond au sujet de la brevetabilité de l'invention revendiquée, à l'égard des revendications 1 à 21.

Il convient de noter que le conseil a à nouveau réduit la portée de son examen, cette fois à la demande de Rasmussen, mais qu'il ne restreignait plus cette antériorité à la question de l'évidence.

[24] Une fois encore, Genencor s'est prévaluée de l'occasion de répondre. Dans une communication datée du 9 août 2005¹⁴, elle a conclu :

[TRADUCTION] Nous prétendons respectueusement que les revendications du brevet de Genencor, si elle sont correctement interprétées, ne manquent pas de nouveauté par rapport à la demande de Rasmussen, puisque cette dernière ne divulgue pas une composition détergente comportant un surfactant ou un mélange de surfactants et un mélange de cellulase fongique comprenant un ou plusieurs composants EG et moins de 5 % en poids de composants CHB I, tel que précisé dans le brevet de Genencor. Ainsi, nous demandons respectueusement que l'on retire le rejet des revendications 1 à 21 pour cause d'antériorisation par Rasmussen. [Non souligné dans l'original.]

[25] Dans son affidavit présenté à la Cour, Murray Wilson, qui était à l'époque pertinente le directeur du conseil de réexamen dont la décision est attaquée en l'espèce, a attesté ce qui suit :

[TRADUCTION] Durant la procédure de réexamen, tous les documents qui ont été envoyés au titulaire du brevet ont aussi été envoyés à la demanderesse [Novozymes], en guise de courtoisie. Le demandeur reçoit systématiquement copie de la correspondance entre le conseil et le titulaire du brevet, pour qu'il sache que la procédure de réexamen est en cours. En aucun cas après l'ouverture de la procédure de réexamen la correspondance n'a été envoyée directement à la demanderesse. Celle-ci n'a pas non plus été invitée à répondre à la correspondance de courtoisie qu'elle recevait du conseil de réexamen.

During various stages during the re-examination process, the requestor did submit additional material at their own discretion. Receipt of this material was never confirmed in writing to the requestor by the re-examination board and generally, as any submissions relating to any patent file, these were placed in the patent file.

The re-examination board did not consider the additional material in the subsequent submissions by the requestor. The Office has no control over the submissions of any person and routinely receives material, which is placed in the patent file without further consideration. Under section 10 of the *Patent Act*, there is a requirement for documents filed in connection with a patent to be open to public inspection in the Office, irrespective of any further consideration. [Emphasis added.]

[26] In the course of cross-examination on his affidavit, Mr. Wilson provided assurances that none of the submissions of Novozymes provided after the initial request for re-examination were taken into account or, indeed, even read, by any member of the re-examination board.

(6) The make-up of the board and related general practices

[27] As earlier indicated in these reasons, Murray Wilson, the affiant on behalf of the respondent Commissioner of Patents, chaired the board. In his affidavit sworn on November 24, 2006, he attested that he was “currently employed as the interim Chairperson of the Patent Appeal Board with the Patent Office,” a part of the Canadian Intellectual Property Office, that he had been employed as a member of the Patent Appeal Board since 1992, and that he began his employment as a patent examiner with the Patent Office in 1971. During his cross-examination on his affidavit, Mr. Wilson attested that, since 1971, he had always been employed within the Canadian Intellectual Property Office and that:

The Patent Appeal Board has responsibility for administering the re-examination process and the tradition, I guess, has been, in members of the Patent Appeal Board, [*sic*] is the chairman of the Re-examination Board and two (2) examiners from the examination branch are the other two (2) members, people generally with more expertise in that particular field.

À diverses étapes de la procédure de réexamen, la demanderesse a présenté des documents supplémentaires à son initiative. Le conseil n’a jamais confirmé par écrit la réception de ces documents et, règle générale, ceux-ci sont placés dans le dossier de brevet, comme toutes les autres observations que le conseil reçoit.

Le conseil de réexamen n’a pas pris en considération les documents supplémentaires inclus dans les observations subséquentes de la demanderesse. Le Bureau n’exerce pas de contrôle sur les observations de quiconque et reçoit systématiquement des documents que nous plaçons dans le dossier de brevet sans s’y attarder davantage. L’article 10 de la *Loi sur les brevets* exige que les documents déposés relativement à un brevet soient disponibles pour consultation au Bureau, peu importe les circonstances. [Non souligné dans l’original.]

[26] Au cours du contre-interrogatoire portant sur son affidavit, M. Wilson a fourni l’assurance qu’aucune des observations que Novozymes a présentées après la demande initiale de réexamen n’ont été prises en compte, voire même lues, par les membres du conseil de réexamen.

6) La composition du conseil et les pratiques générales afférentes

[27] Comme indiqué précédemment dans ces motifs, Murray Wilson, souscripteur de l’affidavit pour le compte de l’intimé le commissaire aux brevets, dirigeait le conseil. Dans son affidavit souscrit le 24 novembre 2006, il a attesté qu’il [TRADUCTION] « occupe présentement le poste de directeur intérimaire de la Commission d’appel des brevets au sein du Bureau des brevets », qui fait partie de l’Office de la propriété intellectuelle du Canada. Il est membre de la Commission d’appel des brevets depuis 1992 et a débuté au sein du Bureau des brevets en 1971 en tant qu’examineur de brevets. Durant son contre-interrogatoire sur affidavit, M. Wilson a déclaré que depuis 1971 il a toujours été à l’emploi de l’Office de la propriété intellectuelle du Canada, ajoutant :

[TRADUCTION] La Commission d’appel des brevets est chargée d’administrer le processus de réexamen, et j’imagine que la tradition veut qu’un membre de la Commission d’appel des brevets soit le directeur du conseil de réexamen, et que deux examinateurs de la section d’examen soient les deux autres membres, puisqu’ils possèdent souvent une meilleure expertise dans ce champ d’activité particulier.

He attested that, over the four or five years preceding his cross-examination, he had been involved in every re-examination that had taken place and that, since the enactment of the re-examination procedure, there had been 47 re-examinations. He continued by indicating that, to the date of his examination, all members of re-examination boards had been appointed from within the Canadian Intellectual Property Office and that no such board had included an examiner who had examined the patent application leading to the patent that was under re-examination.¹⁵ Finally, at page 465, he attested that in each case with which he was familiar, the report of a re-examination board was written by a member of the board, other than the chairman of the board.

(7) The decision under appeal and the reasons in support of that decision

[28] The decision under appeal and the reasons in support of the decision are attached as an annex to these reasons [see also the Canadian Intellectual Property Office's Web site].

THE ISSUES

[29] In the memorandum of fact and law filed on behalf of Genencor, the following issues on this appeal are identified:

1. Did the board err in improperly construing the claims of the Genencor patent?
2. Did the board err in applying the improper test for anticipation or alternatively in misapplying such test?
3. Did the board err in concluding that the Rasmussen application anticipated the claims of the Genencor patent?
4. Did the board err in accepting and considering the new material and evidence submitted by requester Novozymes on March 14, 2005 and September 29, 2005, after the initial request for re-examination under section 48.1 of the Act was made?

Il a affirmé qu'au cours des quatre ou cinq années qui ont précédé son contre-interrogatoire, il a pris part à tous les réexamens qui ont eu lieu et qu'il y a eu 47 réexamens depuis la mise en place de la nouvelle procédure. Il a poursuivi en indiquant qu'à la date de son contre-interrogatoire, tous les membres des conseils de réexamen avaient été nommés alors qu'ils étaient rattachés à l'Office de la propriété intellectuelle du Canada et qu'aucun conseil n'avait été composé d'un examinateur ayant examiné la demande de brevet qui a par la suite fait l'objet d'une procédure de réexamen¹⁵. Enfin, à la page 465 de son affidavit, il a affirmé que dans toutes les affaires avec lesquelles il était familier, le rapport du conseil de réexamen était rédigé par un membre autre que le directeur.

7) La décision frappée d'appel et les motifs à l'appui

[28] La décision frappée d'appel et les motifs à l'appui sont joints aux présents motifs en tant qu'annexe [voir aussi le site Web de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada].

LES QUESTIONS EN LITIGE

[29] Dans le mémoire des faits et du droit déposé pour le compte de Genencor, les questions suivantes sont soulevées :

1. Le conseil a-t-il commis une erreur dans son interprétation des revendications du brevet de Genencor?
2. Le conseil a-t-il commis une erreur en appliquant le mauvais critère pour évaluer s'il y a antériorité, ou a-t-il mal appliqué ce critère?
3. Le conseil a-t-il commis une erreur lorsqu'il a conclu que la demande de Rasmussen a devancé les revendications du brevet de Genencor?
4. Le conseil a-t-il commis une erreur en acceptant et en prenant en considération les nouveaux documents et éléments de preuve présentés par l'initiatrice de la demande de réexamen Novozymes le 14 mars 2005 et le 29 septembre 2005, après la présentation de sa demande initiale de réexamen fondée sur l'article 48.1 de la Loi?

5. Did the board breach the principles of natural justice and procedural fairness by failing to inform Genencor of the new material and evidence submitted by requester Novozymes on March 14, 2005, and September 29, 2005?

6. Did the board breach the principles of natural justice and procedural fairness by failing to provide Genencor with the opportunity to respond to the adverse submissions made against it on March 14, 2005 and September 29, 2005?

[30] In the memorandum of fact and law filed on behalf of the Attorney General, counsel described the issues the Attorney General would address in the following terms:

1. Did the Board fail to respect the procedure set out in the *Patent Act* and/or breach the principles of natural justice and procedural fairness in rendering its decision dated November 16, 2005?

2. Notably, did the Board have a duty to disclose any unsolicited submissions made by Novozymes notwithstanding that these submissions were not read or considered in the decision-making process?

[31] In essence, the Attorney General ignored the first three issues identified on behalf of Genencor. That position is entirely consistent with the earlier indication in the Attorney General's memorandum that he "does not intend to intervene on the merits of this decision." I am satisfied that Genencor's first three issues relate to the "merits" of the decision while Genencor's last three issues address matters of natural justice and procedural fairness.

[32] As earlier indicated in these reasons, at the close of hearing, I invited counsel to address the issue of standard of review in supplementary submissions. Both counsel responded to my request by filing, on March 6, 2008, supplementary written submissions, with those on behalf of the Attorney General obviously having been prepared first, with the result that Genencor's supplementary submissions are in the nature of responding submissions. It is slightly ironic that both sets of submissions were filed the day before the decision of

5. Le conseil a-t-il enfreint les principes de justice naturelle ainsi que l'équité procédurale en n'informant pas Genencor que de nouveaux documents et éléments de preuve avaient été présentés par l'initiatrice de la demande de réexamen Novozymes le 14 mars 2005 et le 29 septembre 2005?

6. Le conseil a-t-il enfreint les principes de justice naturelle ainsi que l'équité procédurale en ne donnant pas à Genencor la possibilité de produire une réponse aux observations qui l'attaquaient et qui ont été présentées le 14 mars 2005 et le 29 septembre 2005?

[30] Dans le mémoire des faits et du droit déposé au nom du procureur général, son avocat a formulé ainsi les questions auxquelles le procureur général veut s'attarder :

[TRADUCTION]

1. Le conseil a-t-il contrevenu à la procédure prévue à la *Loi sur les brevets* et/ou aux principes de justice naturelle et à l'équité procédurale, lorsqu'il a rendu sa décision le 16 novembre 2005?

2. Plus particulièrement, le conseil avait-il le devoir de divulguer tous les documents non sollicités présentés par Novozymes, nonobstant le fait que le conseil ne les a pas lus ou pris en considération dans son processus décisionnel?

[31] Le procureur général a, pour l'essentiel, ignoré les trois premières questions posées pour le compte de Genencor. Sa position cadre tout-à-fait avec ce qu'il avait précédemment écrit dans son mémoire des faits et du droit, où il avait déclaré qu'il [TRADUCTION] « ne désire pas intervenir sur le fond de la décision ». J'estime que les trois premières questions de Genencor portent sur le « fond » de la décision, tandis que les trois dernières portent sur des questions de justice naturelle et d'équité procédurale.

[32] Comme je l'ai indiqué précédemment, j'ai invité les avocats, à la fin de l'audience, à traiter de la question de la norme de contrôle dans des observations additionnelles. Les avocats ont acquiescé à ma demande et ont produit, le 6 mars 2008, des observations additionnelles écrites. Celles du procureur général ont à l'évidence été préparées en premier, de sorte que celles présentées pour le compte de Genencor s'apparentent à des observations en réponse. De façon quelque peu ironique, les observations des deux parties ont été

the Supreme Court of Canada in *Dunsmuir v. New Brunswick*¹⁶ was issued. That decision dealt extensively with the issue of standard of review, albeit in the judicial review context, not the statutory appeal context. Despite the differing contexts, the *Dunsmuir* decision is to some degree instructive in this context.

[33] In what follows, I will deal first with the issue of standard of review, secondly, with the issues of procedural fairness and natural justice and finally, with the issues going to the merits of the decision under appeal.

ANALYSIS

(1) Standard of review

[34] Section 18.5 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28] of the *Federal Courts Act*¹⁷ reads as follows:

18.5 Despite sections 18 and 18.1, if an Act of Parliament expressly provides for an appeal to the Federal Court, the Federal Court of Appeal, the Supreme Court of Canada, the Court Martial Appeal Court, the Tax Court of Canada, the Governor in Council or the Treasury Board from a decision or an order of a federal board, commission or other tribunal made by or in the course of proceedings before that board, commission or tribunal, that decision or order is not, to the extent that it may be so appealed, subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with, except in accordance with that Act.

The appeal here before the Court falls squarely within the parameters of the foregoing section. The Act expressly provides in section 48.5 for an appeal to this Court from decisions of re-examination boards such as the decision here under appeal.

[35] I am satisfied that it is beyond doubt that the board the decision of which is here before the Court is a decision of a federal board, commission or other tribunal made by or in the course of proceedings before that board, commission or tribunal. In the result, the decision here before the Court is not subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise

déposées la veille du jour où a été prononcé l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*¹⁶ de la Cour suprême du Canada. Cet arrêt traitait de façon détaillée de la question de la norme de contrôle. Même si le contexte était quelque peu différent, puisque l'arrêt portait sur la norme de contrôle dans le contexte d'une révision judiciaire et non dans celui d'un appel prévu par la loi, *Dunsmuir* est, jusqu'à un certain point, instructif dans notre contexte.

[33] Dans les paragraphes qui suivent, j'examinerai d'abord la question de la norme de contrôle. Ensuite, je traiterai des questions d'équité procédurale et de justice naturelle, pour ensuite conclure avec les questions portant sur le fond de la décision frappée d'appel.

ANALYSE

1) Norme de contrôle

[34] L'article 18.5 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28] de la *Loi sur les Cours fédérales*¹⁷ dispose :

18.5 Par dérogation aux articles 18 et 18.1, lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel, devant la Cour fédérale, la Cour d'appel fédérale, la Cour suprême du Canada, la Cour d'appel de la cour martiale, la Cour canadienne de l'impôt, le gouverneur en conseil ou le Conseil du Trésor, d'une décision ou d'une ordonnance d'un office fédéral, rendue à tout stade des procédures, cette décision ou cette ordonnance ne peut, dans la mesure où elle est susceptible d'un tel appel, faire l'objet de contrôle, de restriction, de prohibition, d'évocation, d'annulation ni d'aucune autre intervention, sauf en conformité avec cette loi.

L'appel dont la Cour est saisie cadre clairement avec les paramètres de l'article cité ci-dessus. La Loi prévoit en effet expressément à l'article 48.5 l'appel à la Cour des décisions du conseil de réexamen, comme celle dont nous sommes saisis.

[35] Il ne fait à mon avis aucun doute que la décision du conseil dont la Cour est présentement saisie est la décision d'un office fédéral rendue à tout stade des procédures. Il s'ensuit que cette décision ne peut faire l'objet de contrôle, de restriction, de prohibition, d'évocation, d'annulation ni d'aucune autre intervention, sauf en conformité avec la *Loi sur les brevets*.

dealt with, except in accordance with the *Patent Act*. Unfortunately, the *Patent Act* provides no guidance as to the circumstances under which such a decision may be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with by this Court. In these circumstances, I turn briefly to the guidance in place with regard to judicial review.

[36] In *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*,¹⁸ Justice Binnie, for the Court, wrote at paragraph 33:

In choosing the proper standard of review from the available options (correctness, reasonableness, or patent unreasonableness) the Court has regard to the elements of the test set out most recently in *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*. . . . These elements have not greatly altered since *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, . . . where Beetz J., speaking for the Court, said at p. 1088:

... the Court examines not only the wording of the enactment conferring jurisdiction on the administrative tribunal, but the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its members and the nature of the problem before the tribunal. [Citations and one reference, with related citation, omitted.]

*Dunsmuir*¹⁹ did not notably modify the nature of the inquiry but did re-identify it by substituting for the concept “pragmatic and functional approach” the concept “standard of review analysis”²⁰.

(a) Presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal

[37] As earlier noted, the Act here provides a statutory right of appeal. Counsel for Genencor and the Attorney General are in agreement that, given the statutory right of appeal and the lack of guidance to the Court as to the outcomes open to it on the appeal, a more “searching” standard of review is supported by this factor. For this position, counsel cite *Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*.²¹ In that decision, dealing with the standard of review applicable to an appeal of a decision of the Commissioner of Patents to refuse a patent under section 41 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 16] of the Act, Justice Bastarache, for the majority wrote, at paragraph 149:

Malheureusement, la *Loi sur les brevets* ne prévoit rien à propos des circonstances dans lesquelles une telle décision pourrait faire l’objet d’une restriction, d’une prohibition, d’une évocation, d’une annulation ou d’une autre intervention par la Cour. Dans ces conditions, j’examinerai brièvement les principes applicables en matière de contrôle judiciaire.

[36] Dans *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*¹⁸, le juge Binnie, au nom de la Cour, a écrit au paragraphe 33 :

Pour choisir la norme de contrôle appropriée parmi celles qui s’offrent à elle (la décision correcte, la décision raisonnable ou la décision manifestement déraisonnable), la Cour tient compte des éléments du test récemment énoncé dans *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia* [...] Ces éléments ont très peu changé depuis l’arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [...] alors que, s’exprimant au nom de la Cour, le juge Beetz a dit ceci, à la p. 1088 :

[...] la Cour examine non seulement le libellé de la disposition législative qui confère la compétence au tribunal administratif, mais également l’objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d’être de ce tribunal, le domaine d’expertise de ses membres, et la nature du problème soumis au tribunal. [Les références et une citation, ainsi que la référence afférente, omises.]

L’arrêt *Dunsmuir*¹⁹ n’a pas fondamentalement changé la nature de l’examen, mais l’a quelque peu modifié en remplaçant la notion d’analyse pragmatique et fonctionnelle par celle d’« analyse relative à la norme de contrôle ».²⁰

a) Présence ou absence d’une clause privative ou d’un droit d’appel

[37] Comme nous l’avons vu, la Loi en l’occurrence prévoit un droit d’appel. L’avocate de Genencor et le procureur général conviennent qu’en raison du droit d’appel prévu par la loi et de l’absence de directives à la Cour quant aux possibilités qui lui sont offertes en appel, ce facteur commande une norme de contrôle plus « stricte ». À l’appui de cette position, l’avocate de Genencor cite l’arrêt *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*²¹. Dans cet arrêt, qui traite de la norme de contrôle applicable à l’appel de la décision du commissaire aux brevets de refuser d’accorder un brevet en vertu de l’article 41 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 16] de la Loi, le juge Bastarache,

Though it will not be determinative, the fact that the *Patent Act* contains no privative clause and gives applicants a broad right of appeal from the decision of the Commissioner is relevant and suggests a more searching standard of review... [Citation omitted.]

Justice Bastarache continued, at paragraph 151:

The above in no way implies that decisions of the Commissioner will always be reviewed according to a correctness standard. If, for example, the question to be decided was whether or not a particular life form such as a fungus should be classified as a higher life form or as a lower life form, the Commissioner's decision would likely be accorded deference. As noted, s. 40 of the Act states that it is the Commissioner who must be "satisfied" that a patent should not be issued. In such an instance, the Commissioner's scientific expertise suggests that the courts defer to his decision in respect to whether he is satisfied that the life form falls within a category of patentable subject matter.

Counsel urge that the language of subsection 48.5(1) of the Act does not confer as broad a discretion on this Court as is conferred by the language of section 41 of the same Act where the Court is instructed to "hear and determine" an appeal. With great respect, I do not read as much into the difference between the language of the two sections of the same Act as do counsel. I will shortly turn to the subject of "deference." For the moment, I determine this factor to be neutral.

(b) The board's expertise

[38] It was not in dispute before me, and given what has been said earlier in these reasons regarding the makeup of re-examination boards, I do not regard it as disputable, that re-examination boards in general and the particular board the decision of which is here under appeal reflect considerable expertise in relation to their mandates. This factor justifies a high degree of deference to the board's decision.

(c) The purpose of the Act and of the re-examination scheme

[39] The written submissions on behalf of the Attorney General on this factor are, I am satisfied, compelling.

s'exprimant pour les juges majoritaires, a écrit ce qui suit au paragraphe 149 :

Sans être déterminant, le fait que la *Loi sur les brevets* ne comporte aucune clause privative et qu'elle confère aux demandeurs un droit général d'en appeler de la décision du commissaire est pertinent et laisse entrevoir une norme de contrôle plus stricte [...] [Référence omise.]

Il a aussi ajouté, au paragraphe 151 :

Cela ne signifie absolument pas que les décisions du commissaire feront toujours l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision correcte. Si, par exemple, la question à trancher était de savoir si une forme de vie particulière comme un champignon doit être considérée comme une forme de vie supérieure ou inférieure, la décision du commissaire ferait probablement l'objet de retenue. Comme nous l'avons vu, l'art. 40 de la Loi prévoit que c'est le commissaire qui doit s'être « assuré » qu'il n'y a pas lieu de délivrer un brevet. Le cas échéant, en raison de l'expertise scientifique du commissaire, les tribunaux devraient faire preuve de retenue à l'égard de la décision dans laquelle il se dit assuré que la forme de vie en question tombe dans une catégorie d'objets brevetables.

L'avocate de Genencor prétend que le libellé du paragraphe 48.5(1) de la Loi ne confère pas à la Cour un pouvoir discrétionnaire aussi large que celui prévu à l'article 41. Cette dernière disposition prévoit, lors d'un appel, la possibilité pour la Cour de « s'en saisir et en décider ». Avec égards pour l'avocate, je n'interprète pas comme elle la différence de libellé de ces deux articles. Je vais bientôt aborder le sujet de la « retenue judiciaire »; pour l'instant, j'estime que ce facteur est neutre.

b) L'expertise du conseil

[38] Il n'a pas été contesté devant moi—et vu ce qui a été dit précédemment concernant la composition des conseils de réexamen, cela m'apparaît incontestable—que les conseils d'examen en général, et celui qui a rendu la décision en cause en l'espèce en particulier, détiennent une expertise considérable s'agissant de leurs mandats. Ce facteur justifie un haut niveau de retenue judiciaire à l'égard de la décision du conseil.

c) L'objet de la loi et le régime du réexamen

[39] Les observations écrites déposées au nom du procureur général au sujet de ce facteur m'apparaissent

Counsel for Genencor takes no issue with those submissions. In the circumstances, I will simply repeat them here:

21. The purpose of the *Patent Act* is to “encourage invention and to regulate the issuance of patents in Canada.”

Pope Appliance Corp. v. Spanish River Pulp and Paper Mills Ltd, [1929] A.C. 269 (Canada P.C.) cited in *CertainTeed Corporation v. Canada (Attorney General)*, 2006, FC 436 at para. 25.

22. The re-examination procedure was introduced into the *Patent Act* through Bill C-22, “*An Act to Amend the Patent Act*” enacted in 1987.

23. Bill C-22 brought a number of fundamental changes to the *Patent Act*. These included the substantial limitation of compulsory licences as of right, the change from “first to invent” to “first to file”, deferred examination, compulsory laying open of patent applications for public inspection, term of protection and re-examination. Of all these changes the only issue that appears to have received particular attention from Parliament was the restriction of the compulsory licensing regime for patented drugs.

24. There does not appear to be any available extrinsic evidence of Parliamentary intent that could assist this Court in characterizing the re-examination scheme. Except for some minor amendments, there is no reference to the re-examination scheme in either the Parliamentary Debates or Committee Deliberations.

25. Viewed in its statutory context, in particular in light of the fact that interested parties retain the right to launch impeachment proceedings directly before the Federal Court under s. 60 of the *Patent Act*, the re-examination procedure appears designed to offer an inexpensive and simplified means for third parties as well as patentees to put prior art that had not previously been considered before the Board.

26. For all practical purposes, the role of third parties in the re-examination process is analogous to their role in the original process. In particular the rights of the requestor under subsection 48.1(1) are analogous to a third party’s rights under s. 34.1 *Patent Act* to file prior art with respect to a pending application:

34.1(1) Any person may file with the Commissioner prior art, consisting of patents, applications for patents open to public inspection and printed publications, that the person believes has a bearing on the patentability of any claim in an application for a patent.

convaincantes. L’avocate de Genencor ne conteste pas ces observations, que je reprends ci-dessous :

[TRADUCTION]

21. L’objet de la *Loi sur les brevets* est « d’encourager l’invention et de réglementer la délivrance de brevets au Canada ».

Pope Appliance Corp. c. Spanish River Pulp and Paper Mills Ltd, [1929] A.C. 269 (C.P. Canada), cité dans *CertainTeed Corporation c. Canada (Procureur Général)*, 2006 CF 436, au paragraphe 25.

22. La procédure de réexamen a été introduite dans la *Loi sur les brevets* par le projet de loi C-22, « *Loi modifiant la Loi sur les brevets* », adopté en 1987.

23. Le projet de loi C-22 a apporté bon nombre de changements fondamentaux à la *Loi sur les brevets*. Parmi ceux-ci, l’on retrouve la réduction significative des licences obligatoires de plein droit, le passage de la notion de « premier à inventer » à celle de « premier à déposer », l’examen reporté, l’obligation d’accessibilité au public des demandes de brevets, la durée de la protection ainsi que le réexamen. De tous ces éléments, seule la restriction au sujet du régime des licences obligatoires de plein droit semble avoir retenu l’attention du Parlement.

24. Il ne semble pas y avoir de preuve extrinsèque au sujet de l’intention du législateur susceptible de guider la Cour pour définir le cadre du réexamen. À l’exception de quelques modifications mineures, il n’existe aucune référence au processus de réexamen ni dans les débats parlementaires, ni dans les délibérations en comité.

25. Si on la replace dans son contexte législatif, et en particulier à la lumière du maintien du droit de toute partie intéressée d’amorcer des procédures d’invalidation devant la Cour fédérale en vertu de l’article 60 de la *Loi sur les brevets*, la procédure de réexamen semble avoir été créée pour offrir une méthode peu coûteuse et simplifiée, aussi bien pour les tierces parties que pour les titulaires de brevet, de présenter un dossier d’antériorité qui n’avait pas été pris en considération au conseil.

26. Le rôle des tierces parties dans le processus de réexamen est pratiquement similaire à leur rôle dans le processus original. Les droits du demandeur en vertu du paragraphe 48.1(1) sont sensiblement semblables à ceux que possèdent les tierces parties en vertu de l’article 34.1 de la *Loi sur les brevets* de présenter des dossiers d’antériorité au sujet d’une demande en traitement :

34.1(1) Une personne peut déposer auprès du commissaire un dossier d’antériorité constitué de brevets, de demandes de brevet accessibles au public et d’imprimés qu’elle croit avoir effet sur la brevetabilité de toute revendication contenue dans une demande de brevet.

(2) A person who files prior art with the Commissioner under subsection (1) shall explain the pertinency of the prior art.

(2) La personne qui dépose le dossier doit en exposer la pertinence.

27. In this respect, one would expect the standard of review applicable to an appeal of a re-examination decision under s. 48.5 to be the same as the standard applicable to the appeal of an ordinary refusal under s. 41 of the *Patent Act*.

27. À cet égard, l'on s'attend à ce que la norme de contrôle applicable à l'appel d'une décision de réexamen sous le régime de l'article 48.5 soit la même que celle applicable à l'appel du refus ordinaire du commissaire sous le régime de l'article 41 de la *Loi sur les brevets*.

28. Although it might be argued that the summary process and limited participation of the requestor suggest a less rigorous review, from the perspective of the patentee, the decision is functionally equivalent to a decision of the Commissioner under s. 40 of the Act. The cancellation of a patent under re-examination has exactly the same effect as a refusal to grant after the initial examination process.

28. Bien que l'on puisse plaider que le caractère sommaire de la procédure et la participation limitée du demandeur indiquent un examen moins rigoureux, la décision a la même portée, du point de vue du breveté, qu'une décision du commissaire sous le régime de l'article 40 de la Loi. L'annulation d'un brevet à la suite d'un réexamen a exactement le même effet qu'un refus d'accorder le brevet après le processus initial d'examen.

29. The limited rights on appeal of the requestor can be explained by the fact that the requestor retains the right to launch a full impeachment proceeding under s. 60 of the Act.

29. Les droits limités du demandeur lors de l'appel s'expliquent par le fait que celui-ci conserve son droit d'intenter une action en invalidation en vertu de l'article 60 de la Loi.

30. Although it seems clear that Parliament intended the re-examination procedures to be simplified and inexpensive, because of the consequences, there is no basis to infer that Parliament intended the appeal to be any less substantive than where the matter otherwise comes before the Court. [Emphasis added.]

30. Bien qu'il semble évident que le législateur désirait que la procédure de réexamen soit simplifiée et peu coûteuse, vu les conséquences possibles d'une telle procédure, rien ne permet de croire que le législateur désirait que l'appel s'attache moins au fond que lorsque la question arrive à la Cour par une autre voie. [Non souligné dans l'original.]

[40] It is only with the last-quoted paragraph that I differ. As counsel notes, it can only be inferred from the enactment of the re-examination process that Parliament intended it to be a simplified and relatively inexpensive alternative to impeachment proceedings under section 60 of the Act. It recognizes the expertise of those who have to date been chosen to make up re-examination boards. Resort to the re-examination process does not foreclose impeachment proceedings in circumstances where it is invoked. It is only in circumstances where re-examination, as here, results in a patent being deemed never to have been issued or to be narrowed, apparently a relatively rare circumstance inferring from experience to date, where an appeal such as this is pursued. It does not lie easily in the mouth of patentees to accept without danger of appeal the results in re-examination proceedings and to urge a broad right of appeal in the historically narrow range of cases where the procedure works against them.

[40] Mon seul point de désaccord est avec le dernier paragraphe cité. Comme le dit l'avocat, la seule conclusion que l'on puisse tirer de l'adoption du processus de réexamen est que le législateur voulait créer une solution de rechange simplifiée et relativement peu coûteuse à l'action en invalidation prévue à l'article 60 de la Loi. Il reconnaît l'expertise de ceux qui ont à ce jour été choisis pour constituer les conseils de réexamen. Le recours au processus de réexamen n'empêche pas une partie de se prévaloir de l'action en invalidation lorsque cette option s'impose. Ce n'est que dans les cas comme celui dont nous sommes saisis, où le réexamen fait en sorte qu'un brevet est réputé n'avoir jamais été délivré ou perd une partie de sa portée—ce qui semble rare si l'on se fie aux antécédents—qu'un appel comme celui-ci est sollicité. Les titulaires de brevet ne peuvent accepter les résultats d'une instance de réexamen sans les périls de l'appel et revendiquer du même souffle un large droit d'appel dans le nombre historiquement restreint de cas où la procédure leur est défavorable.

[41] I am satisfied that this factor weighs in favour of a more deferential standard of review.

[41] J'estime que ce facteur milite en faveur d'une norme de contrôle favorisant un plus grand degré de retenue judiciaire.

(d) The nature of the questions in dispute

[42] Earlier in these reasons, I divided the issues raised on this appeal by the parties into three categories, namely: standard of review, issues of procedural fairness and natural justice, and issues going to the merits of the decision under appeal. Counsel for the Attorney General urges that each issue should be dealt with against its own appropriate standard.

[43] The issue of standard of review clearly stands apart and is to be dealt with by a “standard of review analysis” as here.

[44] Issues of natural justice and procedural fairness must, of course, be dealt with on a “correctness” standard.

[45] Counsel for Genencor urges that the substantive issues before the Court are issues of “claim construction” and “anticipation” and should be dealt with as the Court would deal with those issues in an impeachment proceeding, which is to say, without deference to the expertise of the members of the re-examination board in the course of examination of patent applications, a process which is not unlike the re-examination process.

[46] I differ from the position urged by counsel for Genencor for the reasons that will follow in a review of provisions of *Dunsmuir*²² that follows.

(e) *Dunsmuir* and deference

[47] In *Dunsmuir*,²³ Justice Deschamps, in concurring reasons concurred in by Justice Charron and Justice Rothstein, wrote, at paragraphs 161-166:

Questions before the courts have consistently been identified as either questions of fact, questions of law or questions of mixed fact and law. Whether undergoing appellate review or administrative law review, decisions on questions of fact always attract deference. The use of different terminology — “palpable and overriding error” versus “unreasonable decision” — does not change the substance of the review. Indeed, in the context of appellate review of court decisions, this Court has

d) La nature des questions en litige

[42] Comme je l’ai dit précédemment, j’ai divisé les questions soulevées dans le présent appel en trois catégories : la norme de contrôle, l’équité procédurale et la justice naturelle, et les questions touchant au fond de la décision frappée d’appel. L’avocat du procureur général soutient que chaque catégorie devrait être examinée en fonction de la norme de contrôle qui lui est applicable.

[43] La question de la norme de contrôle se distingue clairement des autres et doit faire l’objet en l’espèce d’une « analyse relative à la norme de contrôle ».

[44] Les questions de justice naturelle et d’équité procédurale doivent évidemment être examinées selon la norme de la « décision correcte ».

[45] L’avocate de Genencor plaide que les questions de fond soumises à la Cour sont des questions « d’interprétation des revendications » et « d’antériorité » et que celle-ci doit les examiner de la même façon qu’elle les examinerait si elles lui avaient été soumises dans le cadre d’une action en invalidation, c’est-à-dire sans retenue judiciaire à l’égard de l’expertise des membres du conseil de réexamen lorsqu’ils procèdent à l’examen des demandes de brevet, procédure qui n’est pas différente de la demande de réexamen.

[46] Je suis en désaccord avec la position de l’avocate de Genencor, pour les motifs qui vont suivre dans mon exposé sur l’arrêt *Dunsmuir*²².

e) *Dunsmuir* et la retenue judiciaire

[47] Dans *Dunsmuir*²³, la juge Deschamps, dans les motifs concourants auxquels ont souscrit les juges Charron et Rothstein, a écrit, aux paragraphes 161 à 166 :

De tout temps, une question en litige a été qualifiée de question de fait, de droit ou mixte de fait et de droit. Dans le cadre d’un appel ou d’un contrôle judiciaire, la décision relative à une question de fait commande toujours la déférence. Les nuances terminologiques — « erreur manifeste et dominante » ou « décision déraisonnable » — ne changent pas la teneur de l’examen. En effet, dans le contexte d’un appel visant une décision judiciaire, la Cour a reconnu que ces

recognized that these expressions as well as others all encapsulate the same principle of deference with respect to a trial judge's findings of fact: H.L. v. Canada (Attorney General), [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25, at paras. 55-56. Therefore, when the issue is limited to questions of fact, there is no need to enquire into any other factor in order to determine that deference is owed to an administrative decision maker.

Questions of law, by contrast, require more thorough scrutiny when deference is evaluated, and the particular context of administrative decision making can make judicial review different than appellate review. Although superior courts have a core expertise to interpret questions of law, Parliament or a legislature may have provided that the decision of an administrative body is protected from judicial review by a privative clause. When an administrative body is created to interpret and apply certain legal rules, it develops specific expertise in exercising its jurisdiction and has a more comprehensive view of those rules. Where there is a privative clause, Parliament or a legislature's intent to leave the final decision to that body cannot be doubted and deference is usually owed to the body.

However, privative clauses cannot totally shield an administrative body from review. Parliament, or a legislature, cannot have intended that the body would be protected were it to overstep its delegated powers. Moreover, if such a body is asked to interpret laws in respect of which it does not have expertise, the constitutional responsibility of the superior courts as guardians of the rule of law compels them to insure that laws falling outside an administrative body's core expertise are interpreted correctly. This reduced deference insures that laws of general application, such as the Constitution, the common law and the *Civil Code*, are interpreted correctly and consistently. Consistency of the law is of prime societal importance. Finally, deference is not owed on questions of law where Parliament or a legislature has provided for a statutory right of review on such questions.

The category of questions of mixed fact and law should be limited to cases in which the determination of a legal issue is inextricably intertwined with the determination of facts. Often, an administrative body will first identify the rule and then apply it. Identifying the contours and the content of a legal rule are questions of law. Applying the rule, however, is a question of mixed fact and law. When considering a question of mixed fact and law, a reviewing court should show an adjudicator the same deference as an appeal court would show a lower court.

In addition, Parliament or a legislature may confer a discretionary power on an administrative body. Since the case at bar does not concern a discretionary power, it will suffice for the purposes of these reasons to note that, in any analysis, deference is owed to an exercise of discretion unless the body has exceeded its mandate.

expressions ainsi que d'autres renvoient au même principe du respect des conclusions de fait tirées en première instance : H.L. c. Canada (Procureur général), [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25, par 55-56. Partant, lorsque le litige ne porte que sur les faits, il n'est nécessaire de tenir compte d'aucun autre facteur pour déterminer si la déférence s'impose à l'endroit du décideur administratif.

Par contre, dans le cas d'une question de droit, un examen plus approfondi est requis pour évaluer le niveau de déférence, et dans le contexte particulier de l'action administrative, le contrôle judiciaire peut différer de l'appel. Les cours supérieures sont certes mieux placées pour interpréter le droit, mais le législateur peut, au moyen d'une clause privative, limiter le contrôle judiciaire d'une décision administrative. Lorsqu'un organisme administratif est constitué pour interpréter et appliquer certaines règles juridiques, il acquiert une expertise particulière dans l'exercice de sa compétence et a une compréhension plus complète de ces règles. En présence d'une clause privative, l'on ne saurait mettre en doute la volonté du législateur de laisser à l'organisme le soin de trancher en dernier ressort, de sorte que la déférence s'impose habituellement.

Une clause privative ne peut toutefois faire totalement obstacle au contrôle judiciaire. Le législateur ne peut avoir voulu y soustraire l'organisme administratif qui outrepassé les pouvoirs qui lui sont délégués. De plus, en tant que gardiennes de la primauté du droit, les cours supérieures ont l'obligation constitutionnelle de veiller à ce qu'un organisme administratif interprète correctement les lois qui ne ressortissent pas à son domaine d'expertise propre. Cette atténuation de la déférence garantit une interprétation juste et cohérente des dispositions de portée générale comme celles de la Constitution, de la common law et du *Code civil*. La cohérence du droit revêt une importance primordiale dans notre société. Enfin, une cour n'a pas à montrer de déférence lorsqu'il s'agit d'une question de droit et que la loi prévoit expressément un droit de révision pour ce type de question.

Il n'y a de question mixte de fait et de droit que lorsque la question de droit est inextricablement liée aux conclusions de fait. Dans bien des cas, l'organisme administratif détermine d'abord la règle applicable, puis l'applique. Circonscrire une règle de droit et en déterminer la teneur sont des questions de droit. Toutefois, l'application de la règle de droit aux faits est une question mixte de fait et de droit. La cour de révision qui se penche sur une question mixte de fait et de droit devrait manifester autant de déférence envers le décideur que le ferait une cour d'appel vis-à-vis d'une cour inférieure.

De plus, le législateur peut investir un organisme administratif d'un pouvoir discrétionnaire. Comme un tel pouvoir n'est pas en cause dans la présente affaire, je me contente de faire observer que peu importe le cadre d'analyse, il y a lieu de faire preuve de déférence à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire, sauf lorsque le décideur outrepassé son mandat.

In summary, in the adjudicative context, the same deference is owed in respect of questions of fact and questions of mixed fact and law on administrative review as on an appeal from a court decision. A decision on a question of law will also attract deference, provided it concerns the interpretation of the enabling statute and provided there is no right of review. [Emphasis added.]

[48] On the facts of this matter, and subject to what was said earlier with regard to review of issues of natural justice and procedural fairness, the board made its decision based on its explicit legislative authority and mandate. I am satisfied that the substantive questions that were before it were questions of mixed fact and law and were questions within the extensive expertise of its members in the context of a legislative scheme intended to introduce a significant degree of simplicity, brevity and cost saving into a complex legal regime where determinations or impeachment proceedings have evolved into processes that are long, complex and expensive. In the circumstances, in recognition of the high degree of deference that I am satisfied is owed to the board in this matter and in matters equivalent to it, I am satisfied that the appropriate standard of review on the substantive issues arising herein is “reasonableness” or, put in language often adopted on appeals, the decision under review for substantive error should not be interfered with in the absence of “palpable and overriding error”.²⁴

[49] In *Smart & Biggar v. Canada (Attorney General)*,²⁵ an appeal under subsection 56(5) of the *Trade-marks Act*,²⁶ a decision of a senior hearing officer, acting on behalf of the Registrar of Trade-marks, was before my colleague, Deputy Justice Strayer. With respect to standard of review, my colleague wrote [at paragraph 8]:

I accept the analysis of a majority of the Federal Court of Appeal in *Molson Breweries, a Partnership v. John Labatt Ltd.* ... where it was held that in Appeals under section 56 of the Act where no evidence is produced the Registrar’s decision should be reviewed on the standard of reasonableness simpliciter. Such is the case here. While this is an appeal without any privative clause, deference must be shown to the Registrar who by the scheme of the Act must be deemed to have a certain expertise in such matters. [Citation omitted.]

En résumé, dans le contexte juridictionnel, la décision sur une question de fait ou une question mixte de fait et de droit commande le même respect qu’il s’agisse du contrôle d’une décision administrative ou de l’appel d’une décision judiciaire. La décision sur une question de droit justifie aussi la déférence, à condition qu’elle porte sur l’interprétation de la loi habilitante et qu’il n’y ait pas de droit de révision. [Non souligné dans l’original.]

[48] S’agissant des faits qui nous concernent, et sous réserve de ce qui a été dit précédemment au sujet du contrôle sur les questions de justice naturelle et d’équité procédurale, le conseil a rendu sa décision en se fondant sur le pouvoir et le mandat qui lui sont expressément conférés par la loi. J’estime que les questions de fond soulevées étaient des questions mixtes de fait et de droit, et qu’elles relevaient de la vaste expertise des membres du conseil dans le contexte d’un régime législatif visant à introduire une mesure significative de simplicité, de brièveté et d’économie dans un régime juridique complexe où les décisions et les actions en invalidation sont devenues en des procédures longues, complexes et coûteuses. Compte tenu de ces circonstances, vu le haut niveau de retenue judiciaire que nous devons accorder au conseil sur cette question et des questions équivalentes, j’estime que la norme de contrôle applicable aux questions de fond soulevées en l’espèce est celle de la « raisonabilité » ou, pour reprendre les termes souvent employés lors d’instances d’appel, il n’y a pas lieu de modifier la décision sous examen en l’absence d’une « erreur manifeste et dominante »²⁴.

[49] Dans *Smart & Biggar c. Canada (Procureur général)*²⁵, un appel interjeté en vertu du paragraphe 56(5) de la *Loi sur les marques de commerce*²⁶, mon collègue le juge suppléant Strayer était saisi d’une décision d’un agent d’audience principal agissant au nom du registraire des marques de commerce. Au sujet de la norme de contrôle, mon collègue a écrit [au paragraphe 8] :

Je retiens l’analyse effectuée par la majorité des juges de la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Brasserie Molson c. John Labatt Ltd.* [...] où il a été statué que, dans les appels interjetés en vertu de l’article 56 de la Loi où aucun élément de preuve n’est produit, la décision du registraire doit être examinée selon la norme de la décision raisonnable *simpliciter*. Tel est ici le cas. En l’espèce, il n’y a pas de clause privative, mais il faut faire preuve de retenue envers le registraire qui, selon l’économie de la Loi, est réputé posséder une certaine expertise en la matière. [Références omises.]

On appeal from Justice Strayer's decision, Justice Pelletier, for the Federal Court of Appeal, wrote at paragraph 11 of his reasons:

The matter was appealed to the Federal Court where it was heard by Strayer D.J. After reviewing the facts, the learned judge began by acknowledging that the standard of review of the Senior Hearing Officer's decision was reasonableness, a conclusion which is not open to serious question following the recent decision of the Supreme Court of Canada in *Dunsmuir v. New Brunswick*. . . . While there is a right of appeal of the Hearing Officer's decision, the subject matter is one in which the Registrar and his delegated hearing officers have special expertise, and the legal questions involved are squarely within that area of expertise. . . . [Two citations of *Dunsmuir* omitted.]

[50] The above authority was not cited before me and indeed, in particular, the Federal Court of Appeal's reasons could not have been as they were published after the hearing of this matter was closed. I do not rely on them. That being said, I find they lend support to my foregoing conclusion on standard of review and in particular on the issue of deference.

(2) Natural justice and procedural fairness

(a) General principles

[51] Counsel for Genencor and counsel for the Attorney General both cite the following brief passage from *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*:²⁷

... there is, as a general common law principle, a duty of procedural fairness lying on every public authority making an administrative decision which is not of a legislative nature and which affects the rights, privileges or interests of an individual. [Citations omitted.]

It was not in dispute before me that the Board is a "public authority making an administrative decision" and that the decision under review is not "of a legislative nature". Further, the fact that the administrative decision here under appeal primarily affects Genencor, a corporation, not an individual, is not relied upon to impact on the application of the foregoing principle.

En appel de la décision du juge Strayer, le juge Pelletier, au nom de la Cour d'appel fédérale, a écrit au paragraphe 11 de ses motifs :

L'affaire a été portée en appel devant la Cour fédérale et a été entendue par le juge Strayer. Après avoir examiné les faits, le juge a d'abord reconnu que la norme de contrôle applicable à la décision de l'agente d'audience principale était celle de la décision raisonnable, une conclusion dont on ne saurait douter après la récente décision de la Cour suprême du Canada dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick* [...]. Bien qu'il existe un droit d'appel à l'égard de la décision de l'agente d'audience, le sujet traité en est un pour lequel le registraire et ses agents d'audience délégués ont une expertise spéciale, et les questions juridiques en cause entrent sans contredit dans ce champ d'expertise [...]. [Deux références à *Dunsmuir* omises.]

[50] La jurisprudence susmentionnée n'a pas été citée devant moi et, de fait, les motifs de la Cour d'appel fédérale en particulier n'auraient pu l'être puisqu'ils ont été publiés après la clôture de l'audience en l'espèce. Je ne m'appuie pas sur ceux-ci. Cela dit, je crois qu'ils tendent à soutenir ma conclusion précédente à propos de la norme de contrôle, particulièrement au sujet de la retenue judiciaire.

2) Justice naturelle et équité procédurale

a) Principes généraux

[51] L'avocate de Genencor et l'avocat du procureur général font tous deux référence au bref passage suivant de l'arrêt *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*²⁷ :

[...] à titre de principe général de *common law*, une obligation de respecter l'équité dans la procédure incombe à tout organisme public qui rend des décisions administratives qui ne sont pas de nature législative et qui touchent les droits, privilèges ou biens d'une personne. [Références omises.]

Il n'est pas contesté devant moi que le conseil est un « organisme public qui rend des décisions administratives » et que la décision sous examen n'est pas « de nature législative ». De plus, le fait que la décision administrative frappée d'appel en l'espèce touche principalement Genencor, qui est une société et non une personne, n'a pas d'incidence sur l'application du principe précédent.

[52] The foregoing being said, both counsel acknowledge that the content of the duty of fairness is variable, depending on the circumstances of the case, the statutory provisions at issue and the nature of the matter to be decided.²⁸ An example of the variable standard that is apt in the circumstances of this matter was noted by this Court in *CIBA-Geigy Canada Ltd. v. Canada (Patented Medicine Prices Review Board)*²⁹ where the Court wrote, at page 442:

Tribunals charged with regulating economic activity have not had placed on them the same high standards as tribunals dealing with personal individual rights.

(b) Application of the general principles to the facts of this matter

[53] On the facts of this matter, it was not in dispute that Novozymes submitted to the Canadian Intellectual Property Office on March 14, 2005, and September 29, 2005 submissions directed to the matter that was then before the Board and that were supplementary to the original request for re-examination and related submissions. It was also not in dispute that Novozymes' supplementary submissions were not shared with Genencor and further, and consequentially, Genencor was provided no opportunity to respond to those supplementary submissions.

[54] Counsel for Genencor urges that the failure to provide Genencor with the supplementary submissions of Novozymes and to provide it an opportunity to respond to those submissions constituted a breach of natural justice or procedural fairness. For this proposition, counsel cites *Gittel v. Air Atlantic (1995) Ltd.*³⁰ where this Court wrote, at paragraph 27:

Where submissions of one party do more than provide an interpretation of facts before the Commission, if they affect the content of the evidence before that body, the submissions should be disclosed. In my view, procedural fairness requires disclosure where those submissions limit the evidence that is considered, particularly evidence that the other party has every reason to believe will be considered. [Emphasis added.]

[52] Cela étant dit, les deux avocats reconnaissent que le devoir d'agir équitablement varie en fonction des circonstances de l'affaire, des dispositions législatives en cause et de la nature de la question à trancher²⁸. Un exemple de norme variable pertinent dans les circonstances qui nous intéressent est donné par notre Cour dans *CIBA-Geigy Canada Ltd. c. Canada (Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés)*²⁹, où elle a dit, à la page 442 :

Les tribunaux administratifs chargés de réglementer l'activité économique ne se sont pas vu imposer des normes aussi élevées que celles des tribunaux administratifs qui statuent sur les droits des individus.

b) Application des principes généraux aux faits sur cette question

[53] S'agissant des faits relatifs à cette question, il n'est pas contesté que Novozymes a présenté à l'Office de la propriété intellectuelle du Canada, le 14 mars 2005 et le 29 septembre 2005, des observations additionnelles à la demande initiale de réexamen et aux observations déjà présentées à l'instance en cours devant le conseil. Il n'est pas contesté non plus que les observations additionnelles n'ont pas été communiquées à Genencor et que, par conséquent, Genencor n'a pas eu la possibilité d'y répondre.

[54] L'avocate de Genencor soutient que l'omission du conseil de faire parvenir les observations additionnelles de Novozymes à sa cliente et de lui donner la possibilité d'y répondre constitue un manquement à la justice naturelle ou à l'équité procédurale. Pour appuyer ses prétentions, l'avocate cite la décision *Gittel c. Air Atlantic (1995) Ltd.*³⁰ où notre Cour a écrit, au paragraphe 27 :

Lorsque les arguments développés par une des parties vont au-delà d'une simple interprétation des faits dont est saisie la Commission, et s'ils affectent la teneur des preuves produites devant la Commission, la communication des arguments en question s'impose. J'estime que l'équité procédurale exige la communication de tels arguments lorsque ceux-ci viennent restreindre les éléments dont tiendra compte la Commission, et notamment les éléments dont l'autre partie a toute raison de penser qu'il en sera tenu compte. [Non souligné dans l'original.]

[55] Notably, at the dates the supplementary submissions were provided by Novozymes, Novozymes was not a “party” to the re-examination process, nor, under the re-examination scheme of the Act, could it have been once the re-examination process was instituted. More importantly, Mr. Wilson, the chairman of the board, has attested in an affidavit before the Court that he likely never saw Novozymes’ supplementary submissions, and that if he did, he would not have read them because he was aware that Novozymes was not a party to the re-examination and that therefore its supplementary submissions were irrelevant to the re-examination process. Mr. Wilson was not shaken in this attestation on cross-examination on his affidavit.

[56] Further, during the cross-examination of Mr. Wilson on his affidavit, the following exchange took place between counsel for Genencor and Mr. Wilson:

Q - And would it also have made it to the files of your two (2) other board members?

A - I have asked them specifically about that and they said no, it didn’t make it to the file, and they did not read that document.³¹

[57] The reference to “that document” in the foregoing quotation was clearly, from the context in the cross-examination, a reference to Novozymes’ March 14, 2005 supplementary submission. While it did not extend to the further supplementary submission by Novozymes on September 29, 2005, no equivalent question was asked with respect to that submission and I am prepared to assume on the evidence before the Court that the answer would have been the same with respect to that second supplementary submission. While Mr. Wilson’s evidence regarding consideration of Novozymes’ supplementary submissions by his colleagues on the board was clearly not firsthand evidence, it was the best evidence before the Court and no objection to its being taken into consideration was made on behalf of Genencor, although counsel urged that it should be given little weight.

[58] In *Hutchinson v. Canada (Minister of the Environment)*,³² Justice Pelletier, for the Court, wrote at paragraph 49 of his reasons:

[55] Soulignons que Novozymes n’était pas « partie » à la procédure de réexamen aux dates où elle a présenté ses observations additionnelles; elle n’aurait d’ailleurs pu l’être, selon le régime de réexamen prévu à la Loi, une fois la procédure de réexamen initiée. Plus important encore, dans son affidavit déposé à la Cour, M. Wilson, le directeur du conseil, a déclaré qu’il n’a probablement jamais vu les observations additionnelles de Novozymes et que même s’il les avait vues, il ne les auraient pas lues car il savait que Novozymes n’était pas partie au réexamen et que, par conséquent, ses observations additionnelles étaient non pertinentes. M. Wilson est resté ferme sur cette affirmation lors de son contre-interrogatoire sur son affidavit.

[56] De plus, pendant le contre-interrogatoire sur affidavit de M. Wilson, l’échange suivant a eu lieu entre l’avocate de Genencor et M. Wilson :

[TRADUCTION]

Q - Est-ce que le document aurait aussi pu être versé au dossier des deux autres membres du conseil?

R - Je leur ai posé une question précise à ce sujet, et ils m’ont répondu qu’il n’avait pas été versé au dossier, et qu’ils n’avaient pas lu le document³¹.

[57] « Le document » auquel il est fait référence dans la citation précédente semble être, si je me fie au contexte du contre-interrogatoire, les observations additionnelles déposées par Novozymes le 14 mars 2005. Bien que cette partie du contre-interrogatoire ne se soit pas étendue aux observations additionnelles de Novozymes en date du 29 novembre 2005, aucune question équivalente n’a été posée au sujet de ces dernières et je suis disposé, à la lumière de la preuve présentée à la Cour, à présumer que la réponse à cette question aurait été la même. Même si la preuve présentée par M. Wilson au sujet du traitement des observations additionnelles par ses collègues est loin d’être une preuve directe, il s’agit de la meilleure preuve dont dispose la Cour. De plus, aucune objection à ce qu’elle soit prise en considération n’a été formulée pour le compte de Genencor, bien que l’avocate soutienne qu’il n’y a pas lieu d’y accorder une grande force probante.

[58] Le juge Pelletier, dans l’arrêt *Hutchinson c. Canada (Ministre de l’Environnement)*³², a écrit ceci pour la Cour au paragraphe 49 de ses motifs :

It is clear from *Madsen* and *Mercier*, that the obligation to disclose submissions arose in the context where those submissions were to be placed before the Commission. The underlying principle was established ten years earlier in *Radulesco, supra*. There is nothing in any of these cases which would support the proposition that every exchange between an investigator and an interested party must be disclosed to the other party. The right to know the case to be met and to respond to it arises in connection with material which will be put before the decision maker, not with respect to material which passes through an investigator's hands in the course of the investigation.

[59] I am satisfied that precisely the same might be said here in respect of material that comes into the hands of the Canadian Intellectual Property Office during the course of a re-examination process but that does not constitute material which will be put before the board.

[60] Based on the evidence before the Court, and whether or not Mr. Wilson's affidavit and his responses on cross-examination on that affidavit are given great or little weight, Genencor's case simply cannot succeed on the basis of a breach of natural justice or procedural fairness. The best and only evidence before the Court regarding that issue satisfies the Court that there was no such breach.

(3) Substantive issues

(a) Claim construction

[61] Counsel for Genencor, by reference to *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*³³ urges that claims must be construed with reference to the entire patent specification and that the simple dictionary approach should be rejected. In *Whirlpool*, Justice Binnie, for the Court, wrote at paragraph 52 of his reasons:

I have already given my reasons for concluding that to the extent the appellants are arguing for a simple "dictionary" approach to construction of the '803 claims, it must be rejected. In *Western Electric Co. v. Baldwin International Radio of Canada*,...the Court cited earlier authority dealing with the word "conduit" as used in a patent claim. Duff C.J. ...accepted the proposition that "[y]ou are not to look into the dictionary to see what 'conduit' means, but you are to look at the specification in order to see the sense in which the patentees have used it". In *Consolboard*, ...as mentioned, Dickson J. considered that the whole of the specification (including the

Il ressort clairement des décisions *Madsen* et *Mercier* que l'obligation de divulguer les observations avait pris naissance dans un contexte où ces observations devaient être mises à la disposition de la Commission. Le principe sous-jacent avait été établi dix ans plus tôt dans l'arrêt *Radulesco*, précité. Il n'y a rien dans ces arrêts qui étayerait la thèse selon laquelle toute communication entre un enquêteur et une partie intéressée doit être divulguée à l'autre partie. Le droit de connaître la preuve à réfuter et d'y répondre se rapporte à des éléments qui seront mis à la disposition du décideur plutôt qu'à des éléments qui passent entre les mains d'un enquêteur dans le cadre de l'enquête.

[59] Je crois que l'on pourrait dire précisément la même chose au sujet des documents soumis à l'Office de la propriété intellectuelle du Canada durant une procédure de réexamen, mais qui ne constituent pas des éléments de preuve matérielle devant être soumis au conseil.

[60] Selon la preuve déposée devant la Cour, et peu importe la force probante accordée à l'affidavit de M. Wilson et aux réponses données en contre-interrogatoire sur cet affidavit, je ne peux pas accepter la position de Genencor au sujet de la violation de la justice naturelle ou de l'équité procédurale. La meilleure et la seule preuve devant la Cour sur cette question nous permet de croire qu'il n'y a eu aucune violation.

3) Les questions de fond

a) Interprétation des revendications

[61] Faisant référence à l'arrêt *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*³³, l'avocate de Genencor souligne qu'il faut interpréter les revendications en se reportant à l'ensemble du mémoire descriptif et qu'il convient de rejeter la méthode consistant à s'en tenir à la définition du dictionnaire. Le juge Binnie, au paragraphe 52 de ses motifs dans *Whirlpool*, écrivait ce qui suit :

J'ai déjà exposé les raisons qui m'incitent à conclure que, dans la mesure où les appelantes préconisent une méthode consistant à s'en tenir au dictionnaire pour interpréter le sens des mots utilisés dans les revendications du brevet '803, cette méthode doit être rejetée. Dans l'arrêt *Western Electric Co. c. Baldwin International Radio of Canada*, [...] notre Cour a cité des décisions antérieures portant sur le mot [TRADUCTION] « conduit » utilisé dans une revendication de brevet [...] le juge en chef Duff a souscrit à la proposition selon laquelle [TRADUCTION] « [i] faut consulter non pas le dictionnaire pour y vérifier le sens du mot "conduit", mais plutôt le mémoire

disclosure and the claims) should be looked at “to ascertain the nature of the invention”. . . . To the same effect is the statement of Taschereau J. in *Metalliflex Ltd. v. Rodi & Wienenberger Aktiengesellschaft*, . . . :

The claims, of course, must be construed with reference to the entire specifications, and the latter may therefore be considered in order to assist in apprehending and construing a claim, but the patentee may not be allowed to expand his monopoly specifically expressed in the claims “by borrowing this or that gloss from other parts of the specifications”.

More recently, Hayhurst, . . . cautioned that “[t]erms must be read in context, and it is therefore unsafe in many instances to conclude that a term is plain and unambiguous without a careful review of the specification”. In my view, it was perfectly permissible for the trial judge to look at the rest of the specification, including the drawing, to understand what was meant by the word “vane” in the claims, but not to enlarge or contract the scope of the claim as written and thus understood. [Citations omitted.]

[62] *Whirlpool* was, of course, an impeachment proceeding. It was not a re-examination proceeding and I am satisfied that the foregoing, in all its implications, was directed to trial judges and to judges of courts of appeal and not to patent examiners in the course of examinations to determine whether applications for patents should be granted or in the course of re-examinations as here.

[63] Counsel for Genencor urged that the board, on the facts of this matter and the record before the Court, erred in failing to properly construe the Genencor patent and more particularly, by failing to first construe the terms used in the claims in the Genencor patent and even more particularly, the terms EG type components and CBH I type components. She urged that the board repeatedly asserted in its reasons for decision here before the Court that the Rasmussen application preparations comprise less than 5 weight percent of CBH components “because the endoglucanase enzyme is the sole cellulase component, being isolated and purified before its use.” Counsel further noted that the board states: “it is ‘clear that Rasmussen teaches a molecularly pure

descriptif pour vérifier le sens dans lequel les brevetés ont utilisé ce mot ». Comme nous l’avons vu, le juge Dickson a estimé, dans l’arrêt *Consolboard*, [...] qu’il fallait considérer l’ensemble du mémoire descriptif (y compris la divulgation et les revendications) « pour déterminer la nature de l’invention » [...] L’énoncé du juge Taschereau, dans l’arrêt *Metalliflex Ltd. c. Rodi & Wienenberger Aktiengesellschaft* [...] va dans le même sens :

[TRADUCTION] On doit naturellement interpréter les revendications en se reportant à l’ensemble du mémoire descriptif, qui peut donc être consulté pour faciliter la compréhension et l’interprétation d’une revendication, mais on ne peut pas permettre que le breveté élargisse la portée de son monopole décrit expressément dans les revendications « en empruntant tel ou tel élément à d’autres parties du mémoire descriptif ».

Plus récemment, Hayhurst, [...] a prévenu que [TRADUCTION] « [L]es mots doivent être interprétés dans leur contexte, de sorte qu’il est risqué, dans bien des cas, de conclure que le sens d’un mot est clair et net sans avoir examiné attentivement le mémoire descriptif ». J’estime que le juge de première instance pouvait parfaitement examiner le reste du mémoire descriptif, y compris le dessin, pour comprendre le sens du mot « ailette » utilisé dans les revendications, mais non pour élargir ou restreindre la portée de la revendication telle qu’elle était écrite et, ainsi, interprétée. [Références omises.]

[62] Toutefois, *Whirlpool* ne portait pas sur une procédure de réexamen, mais bien sur une action en invalidation. J’estime que le passage précité, avec tout ce qu’il implique, s’adressait plus aux juges de première instance et aux juges des cours d’appel qu’aux examinateurs de brevets appelés à déterminer s’il y a lieu d’accorder une demande de brevet ou à procéder à un réexamen, comme dans le cas qui nous occupe.

[63] L’avocate de Genencor fait valoir, autant pour les faits relatifs à cette question que pour le dossier présenté à la Cour, que le conseil a commis une erreur dans son interprétation de ce brevet, plus particulièrement en omettant d’interpréter d’abord les termes utilisés dans les revendications du brevet de Genencor, et plus particulièrement encore les termes « composants de type EG » et « composants de type CBH I ». Elle soutient que le conseil a affirmé à maintes reprises dans les motifs de la décision attaquée que les préparations de Rasmussen contenaient moins de 5% en poids de composants de type CBH I [TRADUCTION] « parce que l’enzyme de l’endoglucanase est la seule composante de cellulase qui soit isolée et purifiée avant son utilisation ». L’avocate a

endoglucanase composition that is necessarily devoid of CBH components’.”

[64] At pages 4 and 5 of its reasons for decision [page 401-402 of these reasons], the board notes six different definitions included in the Genecor patent claims and concludes that: (1) the claims of the Genecor patent are not limited to an endoglucanase derived solely from *Trichoderma reesei*; (2) they do not necessarily encompass an endoglucanase that imparts less strength loss; (3) they may not be limited to enzymes that are traditionally classified as endoglucanase; and (4) they encompass endoglucanases that have properties in detergent compositions similar to those possessed by endoglucanases derived from *Trichoderma reesei*.

[65] The board concluded that the EG definition in the Genecor patent defined EG more by desired functional attributes than by anything else and did not offer a clear indication of the technical features and physical properties. Further, the board stated that there was no clear indication that an endoglucanase derived from *Humicola insolens* as disclosed by the Rasmussen application does not fit this definition. Moreover, the board noted that this type of enzyme was described in the Rasmussen application “as having fabric softening and colour retention properties similar to those possessed by endoglucanases derived from *Trichoderma reesei*.” The board therefore concluded that a reader, skilled in the art, would be able to conclude that the claims of the Genecor patent encompassed the enzyme disclosed in the Rasmussen application.

[66] Counsel for Genecor further urged that, if the Genecor patent were properly construed, the Rasmussen application could not anticipate the claims of the Genecor patent as the Rasmussen application contains no teachings as to the presence or absence of CBH I type components in its detergent composition and

aussi relevé que le conseil a mentionné [TRADUCTION] « qu’il “est clair que Rasmussen enseigne une composition d’endoglucanase moléculairement pure qui est nécessairement dépourvue de composants de type CBH” ».

[64] Aux pages 5 à 7 de ses motifs [page 410 à 412 des présents motifs] le conseil a repris six différentes définitions incluses dans les revendications du brevet de Genecor et arrive aux conclusions suivantes : 1) les revendications du brevet de Genecor ne se limitent pas à une endoglucanase extraite seulement de *Trichoderma reesei*; 2) elles ne comprennent pas nécessairement une endoglucanase qui confère une moindre perte de la résistance; 3) il se peut qu’elles ne se limitent pas aux enzymes traditionnellement classées comme endoglucanases; et 4) elles comprennent des endoglucanases qui ont des propriétés dans les compositions de détergent semblables à celles des endoglucanases extraites de *Trichoderma reesei*.

[65] Le conseil a conclu que la définition de « composants de type EG » dans le brevet de Genecor définissait les « composants de type EG » plus selon les attributs fonctionnels désirés que selon tout autre critère et qu’elle n’offrait aucune indication claire des caractéristiques techniques et des propriétés physiques d’un composant de type EG convenable. En outre, le conseil a déclaré qu’il n’existe aucune indication claire qu’une endoglucanase extraite de *Humicola insolens*, comme celle divulguée par la demande de Rasmussen, ne correspond pas à cette définition. Le conseil a ajouté qu’une telle enzyme est décrite dans la demande de Rasmussen comme ayant [TRADUCTION] « des propriétés d’assouplissage de tissu et de conservation de la couleur, semblables à celles des endoglucanases extraites de *Trichoderma reesei* ». Par conséquent, le conseil a conclu qu’une personne versée dans le domaine serait capable de conclure que les revendications du brevet de Genecor comprennent l’enzyme présentée dans la demande de Rasmussen.

[66] L’avocate de Genecor soutient aussi que s’il avait interprété correctement le brevet de Genecor, le conseil n’aurait pu conclure que ses revendications étaient antérieures par la demande de Rasmussen puisque cette demande ne contient aucun enseignement sur la présence ou l’absence de composants de type

no teachings of the beneficial properties associated with the CBH I type components.

[67] Counsel concluded her submissions in this regard by submitting that the board failed to properly construe CBH I type components in equating this expression with the lack of cellobiohydrolase activity, which is to say activity towards cellobiose p-nitrophenyl and therefore erred in dismissing Genencor's argument as to example 6 of the Rasmussen application and distinguishing that example, in the absence of any basis for doing so.

[68] With regard to CBH components and in particular example 6 of the Rasmussen application, the board found that it was in no way determinative on the question of CBH content in the Rasmussen preparations. Rather, the board concluded that this example set out nothing more than an evaluation of molecularly pure endoglucanase versus impure mixtures for the purpose of "stonewash" evaluations. This test was not undertaken as a strength loss test, even if the tear strength was mentioned in the example "in passing."

[69] Finally, example 16 of the Genencor patent which evaluates strength loss was undertaken using an entirely different protocol than that used in the Rasmussen application. The conclusion is that example 6 of the Rasmussen application would not lead a person skilled in the art to believe that the endoglucanase preparations in Rasmussen are contaminated with more than 5 weight percent CBH I because the remainder of the specification teaches the complete absence of such contaminants. The board concluded that the claims in the Genencor patent are essentially silent on imparting less strength loss and as a consequence cannot be used to clearly distinguish the Genencor patent from the Rasmussen application.

[70] With great respect, I am satisfied that counsel for Genencor is urging that a re-examination board, based

CBH I dans la composition de détergent, ni sur les propriétés bénéfiques associées aux composants de type CBH I.

[67] L'avocate de Genencor a conclu ses observations à ce sujet en disant que le conseil n'a pas interprété de façon adéquate l'expression « composants de types CBH I » en raison du fait qu'elle a considéré que cette expression sous-tendait l'absence d'activités liées à la cellobiohydrolase, soit l'activité menant vers la cellobiose p-nitrophényl, et a par conséquent commis une erreur en rejetant l'argument de Genencor à propos de l'exemple 6 de la demande de Rasmussen et de la distinction entre les deux procédés, sans aucun fondement pour conclure ainsi.

[68] Au sujet des composants CBH, et particulièrement de l'exemple 6 de la demande de Rasmussen, le conseil a estimé qu'il n'était pas déterminant quant à la question du contenu en CBH dans les préparations de Rasmussen. Le conseil a plutôt conclu que cet exemple ne vise rien de plus que l'évaluation d'une endoglucanase moléculairement pure en comparaison d'un mélange impur aux fins d'évaluation du « lavage abrasif ». Ce test n'a pas été entrepris pour tester la perte de résistance, même si la résistance à la déchirure est mentionnée dans l'exemple, « en passant ».

[69] Enfin, l'exemple 16 du brevet de Genencor, qui évalue la perte de résistance, a été mesuré à l'aide d'un protocole entièrement différent de celui utilisé dans la demande de Rasmussen. Par conséquent, l'exemple 6 de la demande de Rasmussen ne conduirait pas une personne versée dans le domaine à croire que les préparations d'endoglucanase présentées par Rasmussen sont contaminées par plus de 5% en poids de composants de type CBH I compte tenu que le reste du mémoire descriptif enseigne l'absence totale de ces contaminants. Selon le conseil, les revendications du brevet de Genencor passent essentiellement sous silence les éléments qui confèrent une moindre perte de résistance et, par conséquent, ne peuvent servir à distinguer clairement le brevet de Genencor de la demande de Rasmussen.

[70] Avec égards pour l'avocate de Genencor, je crois que celle-ci prétend qu'un conseil de réexamen, sur la

on a generally one-sided presentation before it, and further, in the absence of experts appearing before it and being cross-examined before it, should take on the full role of a court in impeachment proceedings. Taking into account the expertise of the members of the board and the fact that the proceeding before them is a re-examination only, not a full-blown impeachment proceeding, I am satisfied that counsel for Genencor is urging that the Court place on the board a burden mandated for courts by the foregoing quotation from *Whirlpool*, which is entirely inappropriate to their experience, to their accustomed role and the role that is contemplated for them by the re-examination provisions of the *Patent Act*.

(b) Anticipation

[71] Counsel for Genencor quite correctly urged that the test for anticipation is a strict one. In *Beloit Canada Ltd. v. Valmet OY*,³⁴ Justice Hugessen, for the Court, wrote at page 297:

It will be recalled that anticipation, or lack of novelty, asserts that the invention has been made known to the public prior to the relevant time. The inquiry is directed to the very invention in suit and not, as in the case of obviousness, to the state of the art and to common general knowledge. Also, it appears from the passage of the statute quoted above [paragraph 28(1)(b) of the *Patent Act* as it read at the relevant time], anticipation must be found in a specific patent or other published document; it is not enough to pick bits and pieces from a variety of prior publications and to meld them together so as to come up with the claimed invention. One must, in effect, be able to look at a prior, single publication and find in it all the information which, for practical purposes, is needed to produce the claimed invention without the exercise of any inventive skill. The prior publication must contain so clear a direction that a skilled person reading and following it would in every case and without possibility of error be led to the claimed invention. [Emphasis added.]

I am satisfied that at least two of the members of the board the decision of which is here at issue, qualified as “skilled persons” within the meaning of the foregoing quotation.

[72] In *Cochlear Corp. v. Consem Neurostim Ltée*,³⁵ the Court wrote:

base d’une présentation venue d’une seule partie et sans la comparation d’experts ni le bénéfice d’un contre-interrogatoire, doit assumer pleinement le rôle d’une cour de justice dans une action en invalidation. Si l’on tient compte de l’expertise des membres du conseil et du fait que l’instance dont ils étaient saisis était une simple demande de réexamen et non une action en invalidation, j’estime que l’avocate de Genencor demande à la Cour d’imposer au conseil de réexamen une responsabilité réservée aux tribunaux selon la citation précitée de l’arrêt *Whirlpool*, ce qui est tout à fait inapproprié, compte tenu de l’expérience des membres du conseil de réexamen, de leur rôle habituel ainsi que du rôle qui leur est conféré par les dispositions de la *Loi sur les brevets* portant sur la procédure de réexamen.

b) Antériorité

[71] L’avocate de Genencor a souligné avec justesse que le critère applicable au sujet de l’antériorité est strict. Dans l’arrêt *Beloit Canada Ltd. c. Valmet OY*³⁴, le juge Hugessen, au nom de la Cour, écrivait :

On se souviendra que celui qui allègue l’antériorité, ou absence de nouveauté, prétend que l’invention était connue du public avant la date pertinente. L’enquête porte sur l’invention litigieuse elle-même et non, comme dans le cas de l’évidence, sur l’état de la technique et des connaissances générales. De plus, ainsi qu’il ressort du passage précité de la Loi [l’alinéa 28(1)b) de la *Loi sur les brevets*, tel que libellé à l’époque], l’antériorité doit se trouver dans un brevet particulier ou dans un autre document publié; il ne suffit pas de recueillir des renseignements à partir de diverses publications antérieures et de les ajouter les uns aux autres et d’en arriver à l’invention revendiquée. Il faut en effet pouvoir s’en remettre à une seule publication antérieure et y trouver tous les renseignements nécessaires, en pratique, à la production de l’invention revendiquée sans l’exercice de quelque génie inventif. Les instructions contenues dans la publication antérieure doivent être d’une clarté telle qu’une personne au fait de l’art qui en prend connaissance et s’y conforme arrivera infailliblement à l’invention revendiquée. [Non souligné dans l’original.]

Je suis convaincu qu’au moins deux des membres du conseil de réexamen dont la décision fait l’objet du présent appel peuvent être qualifiés de « personnes au fait de l’art », au sens de la citation précédente.

[72] Dans l’arrêt *Cochlear Corp. c. Consem Neurostim Ltée*³⁵, la Cour écrivait :

In order for there to be a finding of anticipation, the prior art must: (1) give an exact prior description; (2) give directions which will inevitably result in something within the claims; (3) give clear and unmistakable directions; (4) give information which for the purpose of practical utility is equal to that given by the subject patent; (5) convey information so that a person grappling with the same problem must be able to say “that gives me what I wish”; (6) given information to a person of ordinary knowledge so that he must at once perceive the invention; (7) in the absence of explicit directions, teach an “inevitable result” which “can only be proved by experiments”; and (8) satisfy all tests in a single document without making a mosaic.

Once again, I am satisfied that at least two members of the board the decision of which is here at issue are persons of, at least, “ordinary knowledge” as that expression is used in the quotation from *Cochlear*, above.

[73] Against the foregoing, counsel for Genencor urged that the board applied an improper test for anticipation or alternatively misapplied the proper test. Against what I regard to be the appropriate standard of review, whether it be described as “overriding and palpable error” or “reasonableness”, I disagree.

[74] In its reasons, the board concluded that the Rasmussen application disclosed the extensive preparation and purification of endoglucanases as well as molecular cloning methods which teach a detergent composition devoid of CBH I since the fungal cellulase component consists solely of biochemically pure endoglucanase. The board noted [at page 3 of its reasons for decision (page 440 of these reasons)] that:

... a person skilled in the art would logically understand that there is a complete absence of CBH I type components since such enzymes would necessarily be removed during the extensive purification and preparation procedures clearly taught in *Rasmussen*.

[75] Counsel for Genencor urged that the Rasmussen application which has “essentially no cellobiohydrolase

Pour qu’il soit possible de conclure à l’antériorité, la [publication] antérieure doit (1) fournir une description antérieure exacte; (2) fournir des directives qui donneront inévitablement naissance à quelque objet visé par les revendications, (3) fournir des directives claires et formelles; (4) fournir des renseignements qui, à toutes fins pratiques, équivalent ceux donnés dans le brevet en cause; (5) transmettre des renseignements permettant à une personne aux prises avec le même problème de dire « cela donne ce que je désire »; (6) fournir des renseignements permettant à une personne possédant des connaissances ordinaires de comprendre immédiatement ce qu’est l’invention; (7) en l’absence de directives explicites, indiquer un « résultat inévitable » qui « ne peut être démontré qu’à l’aide d’expériences » et (8) satisfaire à tous ces critères dans un seul document sans que cela ne donne lieu à un ensemble d’éléments juxtaposés.

Une fois de plus, j’estime qu’au moins deux des membres du conseil dont la décision fait l’objet du présent appel peuvent être considérés comme étant à tout le moins des « personnes possédant des connaissances ordinaires », pour reprendre l’expression utilisée dans la citation de l’arrêt *Cochlear* reproduite ci-dessus.

[73] Compte tenu de ce qui précède, l’avocate de Genencor prétend que le conseil n’a pas appliqué le critère approprié, ou, subsidiairement, qu’il a mal appliqué le bon critère. Eu égard à la norme de contrôle que je considère applicable en l’espèce, qu’on l’appelle « erreur manifeste et dominante » ou « décision raisonnable », je ne saurais être d’accord.

[74] Dans ses motifs, le Conseil a conclu que la demande de Rasmussen divulguait toute la préparation et la purification des endoglucanases ainsi que les méthodes de clonage moléculaire, ce qui nous instruit sur la composition d’un détergent dépourvu de CBH I puisque la cellulase fongique qu’il contient ne comporte que de l’endoglucanase biochimiquement pure. Le Conseil a fait remarquer ce qui suit [à la page 4 de ses motifs (page 449 des présents motifs)] :

[TRADUCTION] [...] toute personne versée dans le domaine conclurait logiquement à l’absence totale de composants du type CBH I, puisque de telles enzymes seraient nécessairement éliminées par les longues procédures de purification et de préparation clairement exposées dans *Rasmussen*.

[75] L’avocate de Genencor a fait valoir que la [TRADUCTION] « demande de Rasmussen mentionnant

activity *could* have some CBH I type components present.” The conditional tense in the foregoing statement supports an assumption that Genencor based its submissions on assumptions and that Genencor had not been able to demonstrate that the Rasmussen application relates to a preparation containing more than 5 weight percent CBH I which would distinguish its claim from what is disclosed by the Rasmussen application.

[76] Further, although the board does not enumerate in its reasons the “essential elements” of the patent in a specific list, I am satisfied that it is possible to deduce from the reasons that each of the issues discussed and analyzed in the decision were “essential” to the Genencor patent and were all of the issues essential to that patent. The board, in its analysis of the Genencor patent highlighted a number of defects and concerns before concluding that the invention disclosed therein was anticipated by the Rasmussen application.

[77] The board concluded that claims 8 and 15 in the Rasmussen application employed a detergent composition as defined by claim 1 and were directed to enhancing the softness of cotton-containing fabric as well as to a method for restoring the colour of the cotton-containing fabric. Based on the foregoing, I am satisfied that the board’s reasons demonstrate that the Rasmussen application discloses all of the essential features of the invention claimed by the Genencor patent. In short, the advantages claimed in the Genencor patent are immaterial on the question of anticipation because the board’s reasons disclose that the Rasmussen application teaches each element of the claimed invention and provides an enabling disclosure.

[78] For the foregoing reasons, as earlier indicated, I am satisfied that the board did not apply an improper test for anticipation and did not, in the alternative, misapply the proper test. In the result, against the appropriate standard of review earlier referred to in this portion of these reasons, Genencor, the appellant, cannot succeed on this ground.

“l’absence pour l’essentiel d’activités liées à la cellobiohydrolase” *pourrait* impliquer la présence de certains composants de type CBH I ». Le recours au conditionnel dans la déclaration appuie l’hypothèse selon laquelle Genencor a fondé ses observations sur des présomptions et qu’elle n’a pas pu démontrer que la demande de Rasmussen visait une préparation contenant plus de 5% en poids de CBH I, ce qui distinguerait sa revendication de ce qui est divulgué dans la demande de Rasmussen.

[76] De plus, même si le conseil ne dresse pas la liste des « éléments essentiels » d’un brevet dans ses motifs, je crois qu’il est possible d’en déduire que chacune des questions examinées et analysées dans la décision étaient « essentielles » au brevet de Genencor et constituaient la totalité des questions essentielles à ce brevet. Dans son analyse du brevet de Genencor, le conseil a souligné bon nombre de failles et de doutes avant de conclure que l’invention qui y est divulguée était antériorisée par la demande de Rasmussen.

[77] Le conseil a conclu que les revendications 8 et 15 de la demande de Rasmussen étaient fondées sur une composition de détergent définie dans la revendication 1 et visaient respectivement une méthode d’amélioration de la souplesse d’un tissu à base de coton et une méthode de conservation ou de ravivement de la couleur de ce type de tissu. Compte tenu de ce qui précède, j’estime que les motifs du conseil démontrent que la demande de Rasmussen divulgue toutes les caractéristiques essentielles de l’invention revendiquée par le brevet de Genencor. En résumé, les avantages revendiqués dans le brevet de Genencor sont non pertinents s’agissant de la question de l’antériorité, parce que selon les motifs du conseil, la demande de Rasmussen exposait déjà chaque élément de l’invention revendiquée et constitue donc une divulgation habilitante.

[78] Pour les motifs susmentionnés, j’estime que le conseil n’a pas appliqué un critère inapproprié en ce qui concerne l’antériorité et que, subsidiairement, il n’a pas mal appliqué le bon critère. Par conséquent, eu égard à la norme de contrôle applicable, l’appelante Genencor ne peut avoir gain de cause sur ce motif.

CONCLUSION

[79] Based on the foregoing analysis, I am satisfied that the board did not breach natural justice or procedural fairness. Further, based on the foregoing analysis and reading the board's reasons as a whole, not parsing them microscopically, and acknowledging the expertise of the members of the board in respect of the subject matter of the Genencor patent and on the substantive issues before them, I am satisfied that the board made no palpable and overriding error in deciding as it did and that, put another way, its decision was reasonably open to it. In light of the foregoing, this appeal will be dismissed.

COSTS

[80] The respondent, the Attorney General of Canada, will be entitled to his costs of this appeal, determined on the ordinary scale. There will be no order as to costs for or against the respondent, the Commissioner of Patents.

POSTSCRIPT

[81] As earlier noted, the respondent, the Commissioner of Patents, filed no submissions on this appeal and took no part in the hearing of the appeal. Further, the respondent, the Attorney General of Canada, filed no submissions and made no submissions at hearing on the substantive issues on this appeal. In the result, in the portion of the foregoing reasons relating to substantive issues, this Court was substantially disadvantaged. Particularly if the Court's determinations on the issue of standard of review are found to be incorrect and the appropriate standard is determined to be that applicable on an impeachment action, the position of this Court would have been, and will in the future be, essentially untenable on substantive issues. A solution to this difficulty is, in the opinion of this Judge, a matter of policy for determination by Government or Parliament. It is not a matter within the purview of this Court.

CONCLUSION





[79] Je conclus, en me fondant sur l'analyse susmentionnée, que le conseil n'a pas commis de manquement à la justice naturelle ou à l'équité procédurale. De plus, en me fondant sur la même analyse et sur la lecture globale des motifs du conseil, sans les analyser au microscope, et reconnaissant l'expertise des membres du conseil à l'égard de l'objet du brevet de Genencor et des questions de fond devant eux, j'estime que le conseil n'a pas commis d'erreur manifeste ou dominante lorsqu'il a rendu sa décision et que, en d'autres termes, il pouvait raisonnablement conclure comme il l'a fait. Vu ce qui précède, l'appel sera rejeté.

LES DÉPENS

[80] Le procureur général du Canada, qui est l'intimé dans la présente instance, a droit aux dépens afférents à l'appel, calculés selon le barème ordinaire. Aucuns dépens ne sont adjugés en faveur de l'intimé le commissaire aux brevets, ni contre lui.

POST-SCRIPTUM

[81] Tel que je l'ai dit précédemment, l'intimé, le commissaire aux brevets, n'a produit aucune observation au cours de cette instance et n'a pas pris part à l'audition de l'appel. De plus, l'intimé le procureur général du Canada n'a produit aucune observation et n'en a présenté aucune à l'audience au sujet des questions de fond de cet appel. Par conséquent, la Cour a eu beaucoup de mal à rendre ses motifs dans la partie relative aux questions de fond. Dans l'éventualité où les conclusions de la Cour au sujet de la norme de contrôle seraient erronées et que la norme de contrôle applicable soit la même que pour une action en invalidation, la position de la Cour aura été, et sera à l'avenir, essentiellement insoutenable sur les questions de fond. À mon avis, la solution de cette difficulté réside dans un choix politique que doit faire le gouvernement ou le Parlement. Ce n'est pas une question qui relève de notre Cour.

	Office de la propriété Intellectuelle du Canada Un organisme d'Industrie Canada www.cipo.gc.ca	 Canadian Intellectual Property Office An Agency of Industry Canada www.cipo.gc.ca
November 16, 2005		
Our file RX-33/04		
Genencor International, Inc. GOWLING LAFLEUR HENDERSON LLP 1 Place Ville Marie 37th Floor MONTREAL, Quebec H3B 3P4		
Dear Sir/Madam:		
Re: Request for Re-examination of patent number 2,093,422 Title :DETERGENT COMPOSITIONS CONTAINING CELLULOSE COMPOSITIONS DEFICIENT IN CBH I TYPE COMPONENTS Patentee :Genencor International, Inc. Requester :Novozymes A/S		
<p>In accordance with Subsection 48.2(2) of the Patent Act, the Re-examination Board has further reviewed the request for re-examination of claims 1 to 21 of Patent number 2,093,422 as well as the patentee's comments put forward in the responses dated December 3, 2004 and August 9, 2005. The Board has determined that the request still raises a substantial new question of patentability with regard to these claims.</p>		
<p>In the request for re-examination, the requester has brought to the attention of the Board the following prior art:</p>		
<p><u>Canadian Application</u> 2,082,279 filed May 8, 1991 Rasmussen <i>et al.</i></p>		
<p>Rasmussen <i>et al.</i> (hereinafter "<i>Rasmussen</i>") disclose cellulase preparations comprising an endoglucanase enzyme. Said endoglucanase enzyme is producible by a fungus (see page 5). <i>Rasmussen</i> discloses the use of said endoglucanase enzyme in detergent compositions (see pages 8 to 11 and example 4) and for softening (page 10 and example 7) and clarification of the colour of a fabric (page 10 and example 4). The preparations of <i>Rasmussen</i> comprise less than 5 weight percent of CBH I type components, because the endoglucanase enzyme is the sole cellulase component, being isolated and purified before its use (see pages 13 to 20).</p>		
..12		
		

-2-

The Re-examination Board has identified the following defect:

The claims in the patent do not comply with Paragraph 28.2(1)(c) of the Patent Act. Before the claim date, the subject matter was disclosed in co-pending application to *Rasmussen*.

- The detergent composition of claims 1 to 7 was disclosed by *Rasmussen* (pages 8 to 11 and example 4);
- The method for enhancing the softness of a cotton-containing fabric of claims 8 to 14 was disclosed by *Rasmussen* (page 10 and example 7);
- The method for retaining/restoring the colour of a cotton-containing fabric of claims 15 to 21 was disclosed by *Rasmussen* (page 10 and example 4). A method for retaining/restoring the colour of a fabric is equivalent to a method for clarification of the colour of a fabric.

Moreover, *Rasmussen* discloses the extensive preparation and purification of endoglucanases (see page 4, lines 7-18 and page 8, lines 24-28) by both immunoaffinity purification (example 1) as well as by molecular cloning methods (see examples 2 and 3). Indeed the amino acid sequences of molecularly pure enzymes are provided (see sequence listings 2 and 4). Preferred sources of endoglucanase include *Humicola insolens* and *Fusarium oxysporum*. Thus, there can be no doubt that *Rasmussen* teaches a detergent composition devoid of CBH I type components since the fungal cellulase component consists solely of biochemically pure endoglucanase.

Independent claim 1 of the patent in question is directed to the following:

"A detergent composition comprising:

- (a) a cleaning effective amount of a surfactant or a mixture of surfactants; and*
- (b) from about 0.01 to about 5 weight percent of a fungal cellulase composition based on the weight of the detergent composition wherein said cellulase composition comprises one or more EG type components and less than about 5 weight percent of CBH I type components based on the weight of protein in the cellulase composition."*

Claims 8 and 15 employ a detergent composition as defined claim 1 and are directed to, respectively, a method for enhancing the softness of a cotton-containing fabric and a method for retaining/restoring the colour of a cotton-containing fabric.

As such, it can be seen that *Rasmussen* discloses all of the essential features of the invention as claimed and is therefore held to be anticipated notwithstanding the patentee's arguments to the contrary put forward in the responses dated December 3, 2004 and August 9, 2005.

In the response dated December 3, 2004 the patentee argued that *Rasmussen* does not

.../3

-3-

anticipate the claimed invention for two principal reasons; namely, (i) that *Rasmussen* merely teaches inherent features of the claimed invention and, (ii) that the Board has erred in equating absence of CBH activity in *Rasmussen* with the requirement in the patentee's invention for less than five weight per cent of CBH I type components in the fungal cellulase component of the claimed detergent. In the letter dated May 9, 2005 the Board acknowledged these arguments but nonetheless maintained that the invention as claimed was anticipated by *Rasmussen* for the reasons briefly reviewed below.

The patentee has argued at page 5 of the response dated December 3, 2004 that the disclosure of inherent features does not amount to anticipation:

"Rasmussen is silent as to the presence or absence of CBH type components and even more so about CBH I type components. Rasmussen does not disclose or suggest the advantage associated with the presence of less than 5 weight percent CBH I type components."

However, the Board maintains that a person skilled in the art, upon reading *Rasmussen*, would understand that the disclosure relates to the use of endoglucanase in molecularly pure form. Thus, a person skilled in the art would logically understand that there is a complete absence of CBH I type components since such enzymes would necessarily be removed during the extensive purification and preparation procedures clearly taught in *Rasmussen*. Any advantages of the patentee's claimed detergent are believed to be immaterial on the question of anticipation since *Rasmussen* teaches each element of the claimed invention and provides an enabling disclosure.

In the response dated December 3, 2004 the patentee also commented extensively on the technical shortcomings of *Rasmussen* viz-a-viz biochemical assays and argued that absence of CBH activity in *Rasmussen* does not equate to the limitation as to the amount of CBH I type components found in the patentee's detergent. The Board maintains that the terms used in the claims still do not clearly put *Rasmussen* outside of their scope for at least the following reasons.

Firstly, *Rasmussen* is clearly concerned with providing an extensively purified endoglucanase, most preferably derived from *Humicola insolens* or *Fusarium oxysporum*. On this point *Rasmussen* reports that their preparations are surprisingly high in endoglucanase activity yet essentially free of CBH type activity (see page 4, lines 7-18 and page 8, lines 24-28).

Secondly, while the patentee appears to most prefer detergent compositions comprising an endoglucanase derived from *Trichoderma reesei*, the patentee also indicates that endoglucanase enzymes derived from several other sources are preferred. On page 20, lines 31-35 of the description the patentee clearly indicates the following:

...14

-4-

"Preferred fungal cellulases for use in preparing the fungal cellulase compositions used in this invention are those obtained from Trichoderma reesei, Trichoderma koningii, Penicillium sp., Humicola insolens, and the like."

From this passage it is clear that the claims reasonably encompass an endoglucanase derived from *Humicola insolens*; that is to say, the very same source exemplified in *Rasmussen*. A similar indication is seen on page 22 at lines 17-21. Thus, while the patentee's description, assay conditions and technical definitions may relate most appropriately to enzymes derived *Trichoderma reesei*, the invention as broadly claimed does not exclude endoglucanase enzymes derived from other organisms such as that exemplified in *Rasmussen*. Further, the claims are silent with respect to assay conditions, specific activity as well as the source of the endoglucanase enzyme.

Turning now to the patentee's response dated August 9, 2005, it is noted that the patentee has further argued that Board has misunderstood the invention in the Genencor patent. The patentee has asserted that the claims must first be properly construed before the question of validity is addressed; in particular, the patentee has argued that the terms "EG type components" and "CBH I type components" as used in the claims must be understood in relation to the definitions set out in the description. The patentee concludes with an assertion that the Board has not used the definition of these terms as set forth by the patentee and that there is a difference, based on activity on different substrates (synthetic versus cotton), between the endoglucanase used by *Rasmussen* and the endoglucanase "type" component used by the patentee. Finally, the patentee has taken note of example 6 set forth in *Rasmussen* and has alleged that it is evidence that a preparation used in *Rasmussen* is contaminated with CBH type components which impart greater fabric strength loss.

With regard to the definition of the term "EG type components" set out on page 13, line 3 to page 14, line 6 of the description, the Board notes that the definition indicates the following (emphasis added):

- (i) "Endoglucanase ("EG") type components" refers to "all of those fungal cellulase components or combination of components which exhibit detergent activity properties similar to the endoglucanase components of *Trichoderma reesei*";
- (ii) "endoglucanase components are those fungal components which impart softening, color retention/restoration and improved feel to cotton garments when these components are incorporated into a wash medium";
- (iii) "In a preferred embodiment, the endoglucanase type components employed in the detergent compositions of this invention also impart less strength loss to cotton-containing fabrics as compared to the strength loss from the complete cellulose system derived from *Trichoderma reesei*";

.../5

-5-

(iv) "Such endoglucanase type components may not include components traditionally classified as endoglucanases using activity tests [on synthetic substrates]";

(iv) "It is believed that not all endoglucanase components, as defined by [activity tests on synthetic substrates], will impart one or more of the enhancements to cotton-containing fabrics"; and

(vi) "It is more accurate for the purposes herein to define endo-glucanase type components as those components of fungal cellulase which possess similar properties in detergent compositions as possessed by the endoglucanase components of *Trichoderma reesei*".

From this passage it is reasonable to say that the claims:

- (i) are not limited to an endoglucanase derived solely from *Trichoderma reesei*;
- (ii) preferably, but not necessarily, encompass an endoglucanase that imparts less strength loss;
- (iii) may, or may not, be limited to enzymes that are traditionally classified as endoglucanases using activity assays on synthetic substrates;
- (iv) do not encompass an enzyme traditionally classified as endoglucanases if it has unsuitable properties (*i.e.* if it does not impart at least one enhancement to a cotton-containing fabric); and
- (v) encompass endoglucanases that have properties in detergent compositions similar to those possessed by endoglucanases derived from *Trichoderma reesei*; that is, properties such as ability to soften, ability to retain colour or ability to improve feel of cotton fabric.

In summary, the definition appears to define the term "EG type components" more by desired functional attributes than by anything else. The definition offers no clear indication of the technical features and physical properties of a suitable "EG type component". Further, there is no clear indication that an endoglucanase derived from *Humicola insolens* as disclosed by *Rasmussen* does not fit this definition. Even if *Rasmussen* relied upon a traditional biochemical assay to characterize his endoglucanases, the patentee has said nothing in the description, or elsewhere, that would lead a person skilled in the art to believe that a molecularly pure endoglucanase derived from *Humicola insolens* does not meet this definition and that there is therefore a basis for saying that *Rasmussen* is outside the scope of the invention claimed. To the

.../6

-6-

contrary, the description goes on to indicate that an endoglucanase enzyme derived from *Humicola insolens* is preferred (see page 20, lines 31-35 and page 22, lines 17-21). Moreover, such an enzyme is described by *Rasmussen* as having fabric softening and colour retention properties similar to those possessed by endoglucanases derived from *Trichoderma reesei*. Therefore, when the claims are considered in light of the specification as a whole, it is reasonable to say that a person skilled in the art would conclude the claims encompass enzymes disclosed in *Rasmussen*.

Regarding the definition of the term "CBH I type components" which the patentee has also argued the Board has misunderstood in view of the definition indicated on page 15, line 1 to page 16, line 11, it is the Board's view that such an argument need only given cursory attention since it is clearly understood that the claims call for a cellulase composition that has "less than about 5 weight percent of CBH I type components" and which is preferably "free of all CBH I type components" (claims 3, 10, and 17) and since it clear that *Rasmussen* teaches a molecularly pure endoglucanase composition that is necessarily devoid of CBH components.

Concerning example 6 of *Rasmussen* which the patentee has alleged indicates that the endoglucanase preparation used in *Rasmussen* is contaminated with CBH type components which presumably impart more strength loss than the cellulase compositions of the invention, it is the Board's view that example 6 is in no way determinative on the question of CBH content in *Rasmussen*'s preparations. The patentee will appreciate that example 6 in *Rasmussen* sets out an evaluation of a molecularly pure endoglucanase versus an impure mixture for the purpose of evaluating "stonewashing" effects and was not undertaken as a rigorous test of strength loss, even if tear strength is mentioned in the example in passing. Further, strength loss as evaluated by the patentee in example 16 of the patent in question was undertaken using an entirely different protocol than that which may have been used in *Rasmussen* (note that example 16 employs normalized amounts of EG components, a different apparatus, measures tensile strength as opposed to tear strength and uses repeated fabric treatments). Accordingly, example 6 in *Rasmussen* would not lead a person skilled in the art to believe that the endoglucanase preparations disclosed in *Rasmussen* are contaminated with more than 5 weight percent CBH I type components; especially in view of the many explicit indications to the contrary found throughout the remainder of the specification which teach the complete absence of such contaminants. Finally, the patentee will appreciate that the claims are silent on the point of employing cellulase compositions that impart less strength loss. Accordingly, this feature cannot serve to clearly distinguish the invention as claimed from *Rasmussen*.

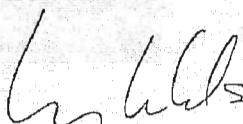
In view of the foregoing, the Board maintains that a person skilled in the art upon reading the whole of the patent specification would reasonably and logically understand that *Rasmussen* teaches all of the essential elements of the claimed invention and that there are no explicit limitations in the claims that would safely put *Rasmussen* outside their

..17

-7-

scope. As such, the Board concludes that claims 1-21 are anticipated under Paragraph 28.2(1)(c) of the Patent Act.

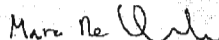
Please find attached a certificate issued under Subsection 48.4 of the Patent Act stating that these claims are patentable.



Murray Wilson
Chairman



Ed MacLaurin
Member



Marc De Vleeschauwer
Member

c.c. Novozymes A/S
c/o Moffat & Co.
427 Laurier Avenue West
12th floor
P.O. Box 2088, Station D
Ottawa, Ontario
K1P 5W3

ANNEXE



Office de la propriété
intellectuelle
du Canada
Un organisme
d'Industrie Canada
www.opic.gc.ca

Canadian
Intellectual Property
Office
An Agency of
Industry Canada
www.cipo.gc.ca

**BUREAU DES BREVETS
CONSTAT DE RÉEXAMEN**

**PATENT OFFICE
CERTIFICATE OF RE-EXAMINATION**

N° de brevet - Patent No: **2,093,422**

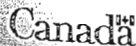
Par la présente, les soussignés certifient que le brevet susmentionné a été réexaminé selon les paragraphes 48.1 à 48.3 de la *Loi sur les brevets* et que le Conseil de réexamen convient de ce qui suit:

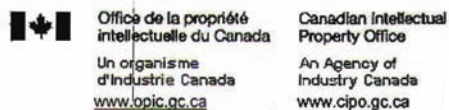
The undersigned hereby certify that the above-noted patent has been re-examined pursuant to section 48.1 to 48.3 of the *Patent Act* and that the Re-examination Board has determined the following:

- (i) La/les revendication(s) _____ du brevet susmentionné est/sont non brevetable(s) et est/sont rejetée(s).
Claim(s) 1 to 21 is/are unpatentable and is/are cancelled from the above noted patent.
- (ii) La/les revendication(s) _____ du brevet susmentionné est/sont brevetable(s).
Claims(s) _____ of the above noted patent are hereby confirmed to be patentable.
- (iii) La/les revendication(s) _____ est/sont brevetable(s) et fait/ont partie du modifiée(s) brevet susmentionné à ce jour.
Amended claim(s) _____ is patentable and has been incorporated into the above noted patent as of this date.
- (iv) La/Les nouvelle(s) revendication(s) _____ est/sont brevetable(s) et fait/ont partie du New claim(s) brevet susmentionné à compter de ce jour.
Is/are patentable and has/have been incorporated into the above noted patent as of this date.

[Handwritten signatures]
Membre Member Membre Member Membre Member

Daté à Gatineau (Québec), ce _____ jour de
Dated at Gatineau, Quebec, this 16th day of November, 2005





[TRADUCTION]
16 novembre 2005

Notre réf. : RX-33/04

Genencor International, Inc.
GOWLING LAFLEUR HENDERSON, s.r.l.
1, place Ville Marie
37^e étage
Montréal (Québec)
H3B 3P4

Madame ou Monsieur,

Objet : Demande d'un réexamen du brevet portant le numéro 2 093 422
Titre : COMPOSITIONS DÉTERGENTES CONTENANT DES COMPOSITIONS DE TYPE
CELLULASE À FAIBLE TENEUR EN CBH I
Titulaire du brevet : Genencor International, Inc.
Demandeur : Novozymes A/S

Conformément au paragraphe 48.2(2) de la *Loi sur les brevets*, le Conseil de réexamen (le Conseil) a étudié plus avant la demande de réexamen des revendications 1 à 21 du brevet portant le numéro 2 093 422, ainsi que les commentaires de la brevetée figurant dans les réponses datées du 3 décembre 2004 et du 9 août 2005. Le Conseil a décidé que la demande soulève encore un nouveau point de fond vis-à-vis de la brevetabilité de ces revendications.

Dans la demande de réexamen, le demandeur a porté à l'attention du Conseil le dossier d'antériorité ci-après :

.../2

-2-

Demande présentée au Canada

2 082 279 déposée le 8 mai 1991 Rasmussen *et al.*

Rasmussen *et al.* (*Rasmussen*) présente des préparations de cellulase contenant une enzyme de l'endoglucanase. Ladite enzyme de l'endoglucanase peut être sécrétée par un champignon (voir la page 5). *Rasmussen* indique l'emploi de ladite enzyme de l'endoglucanase dans les compositions de détergent (voir les pages 8 à 11 et l'exemple 4) et pour l'assouplissage (page 10 et exemple 7) et la clarification de la couleur d'un tissu (page 10 et exemple 4). Les préparations de *Rasmussen* contiennent moins de 5% en poids de composants de type CBH I, parce que l'enzyme de l'endoglucanase est la seule composante de cellulase qui soit isolée et purifiée avant son utilisation (voir les pages 13 à 20).

Le Conseil a constaté le défaut ci-après :

Les revendications du brevet ne sont pas conformes à l'alinéa 28.2(1)c) de la *Loi sur les brevets*. Avant la date de la revendication, l'objet a été divulgué dans la demande en co-instance de *Rasmussen* :

- La composition de détergent, décrite dans les revendications 1 à 7, a été divulguée par *Rasmussen* (pages 8 à 11 et exemple 4);
- La méthode d'amélioration de la souplesse d'un tissu à base de coton, décrite dans les revendications 8 à 14, a été divulguée par *Rasmussen* (page 10 et exemple 7);
- La méthode de conservation ou de ravivement de la couleur d'un tissu à base de coton, décrite dans les revendications 15 à 21, a été divulguée par *Rasmussen* (page 10 et exemple 4). Une méthode de conservation ou ravivement des couleurs d'un tissu est équivalente à une méthode de clarification de la couleur d'un tissu.

En outre, *Rasmussen* divulgue une méthode élaborée de préparation et de purification des endoglucanases (voir la page 4, lignes 7-18, et page 8, lignes 24-28) par une purification par immunoaffinité (exemple 1) et par un clonage moléculaire (voir les exemples 2 et 3). De fait, les séquences d'acides aminés des enzymes moléculairement pures sont fournies (voir les listes de séquences 2 et 4). Les sources préférées d'endoglucanase sont *Humicola insolens* et *Fusarium oxysporum*. Ainsi, il ne peut y avoir de doute sur le fait que *Rasmussen* nous renseigne sur une composition de détergent dépourvue de composants de type CBH I, puisque sa composante de cellulase fongique ne contient qu'une endoglucanase biochimiquement pure.

La revendication indépendante 1 du brevet attaqué englobe les notions suivantes :

.../3

-3-

[TRADUCTION]

Une composition détergente comprenant :

- a) une quantité suffisante d'un surfactant ou d'un mélange de surfactants pour le nettoyage;*
- b) environ 0,01 à 5 % en poids d'une composition de cellulase fongique établie sur le poids de la composition de détergent où ladite composition de cellulase contient un ou plusieurs composants de type EG et moins de 5 % en poids de composants de type CBH I selon le poids des protéines dans la composition de la cellulase.*

Les revendications 8 et 15 sont fondées sur une composition de détergent telle que définie dans la revendication 1 et visent, respectivement, une méthode d'amélioration de la souplesse d'un tissu à base de coton et une méthode de conservation ou ravivement de la couleur d'un tel tissu.

À ce titre, on peut voir que *Rasmussen* divulgue toutes les caractéristiques essentielles de l'invention revendiquée et que celle-ci est donc antériorisée nonobstant les arguments contraires de la brevetée avancés dans ses réponses datées du 3 décembre 2004 et du 9 août 2005.

Dans sa réponse du 3 décembre 2004, la brevetée prétend que *Rasmussen* n'antériorise pas l'invention revendiquée pour deux raisons principales : (i) *Rasmussen* expose simplement les caractéristiques inhérentes de l'invention revendiquée, et (ii) le Conseil a commis une erreur en assimilant l'absence d'activité de CBH dans *Rasmussen* à l'exigence dans l'invention de la brevetée que le composant fongique de la cellulase du détergent revendiqué contienne moins de 5 % en poids de composants de type CBH I. Dans la lettre datée du 9 mai 2005, le Conseil a reconnu ces arguments mais, néanmoins, a maintenu que l'invention revendiquée par *Rasmussen* était antériorisée pour les raisons brièvement exposées ci-après.

La brevetée prétend à la page 5 de la réponse datée du 3 décembre 2004 que la divulgation de caractéristiques inhérentes n'équivaut pas à une antériorisation :

Rasmussen ne dit rien sur la présence ou l'absence de composants de type CBH, et surtout de composants de type CBH I. Rasmussen ne révèle pas ou ne suggère pas l'avantage associé à la présence de moins de 5 % en poids de composants de type CBH I.

.../4

-4-

Cependant, le Conseil maintient qu'une personne versée dans le domaine lisant *Rasmussen* comprendrait que la divulgation porte sur l'utilisation de l'endoglucanase moléculairement pure. Ainsi, toute personne versée dans le domaine conclurait logiquement à l'absence totale de composants du type CBH I, puisque de telles enzymes seraient nécessairement éliminées par les longues procédures de purification et de préparation clairement exposées dans *Rasmussen*. Tout avantage du détergent revendiqué par la brevetée est donc sans conséquence sur la question de l'antériorisation puisque *Rasmussen* expose chaque élément de l'invention revendiquée et fournit une divulgation habilitante.

Dans la réponse datée du 3 décembre 2004, la brevetée a aussi commenté abondamment les faiblesses techniques de *Rasmussen* en ce qui concerne les épreuves biochimiques, et a prétendu que l'absence d'activité de CBH dans *Rasmussen* n'est pas équivalent à la limitation de la quantité de composants de type CBH I qui se trouvent dans le détergent de la brevetée. Le Conseil maintient que les termes utilisés dans les revendications ne placent toujours pas clairement *Rasmussen* en dehors de leur portée pour au moins les motifs ci-dessous :

En premier lieu, *Rasmussen* vise la production d'une endoglucanase très purifiée, de préférence extraite de *Humicola insolens* ou *Fusarium oxysporum*. Sur ce point, *Rasmussen* signale que, curieusement, ses préparations ont une activité élevée en endoglucanase, mais pour l'essentiel n'affichent aucune activité de type CBH (voir la page 4, lignes 7-18, et page 8, lignes 24-28).

En second lieu, bien que la brevetée semble préférer surtout les compositions de détergent comprenant une endoglucanase extraite de *Trichoderma reesei*, elle indique aussi que les enzymes d'endoglucanase extraites de plusieurs autres sources sont préférées. À la page 20, lignes 31-35 de la description, la brevetée indique clairement ce qui suit :

Les cellulases fongiques préférées intervenant dans les compositions de cellulase fongique utilisées dans cette invention sont celles qui sont extraites de Trichoderma reesei, Trichoderma koningii, Penicillium sp., Humicola insolens ou de champignons apparentés.

.../5

-5-

Ce passage indique clairement que les revendications comprennent raisonnablement une endoglucanase extraite de *Humicola insolens*, c'est-à-dire la même source mentionnée dans *Rasmussen*. On peut voir une indication semblable à la page 22, aux lignes 17-21. Donc, bien que la description de la brevetée, les conditions des épreuves et les définitions techniques puissent porter très précisément sur les enzymes extraites de *Trichoderma reesei*, l'invention telle qu'elle est revendiquée de façon générale n'exclut pas les enzymes de l'endoglucanase extraites d'autres organismes comme celui mentionné par *Rasmussen*. De plus, les revendications passent sous silence les conditions des épreuves, l'activité spécifique et la source de l'enzyme de l'endoglucanase.

Examinons maintenant la réponse de la brevetée, datée du 9 août 2005; on y note que cette dernière a également prétendu que le Conseil avait mal compris l'invention dans le brevet de Genencor. La brevetée a fait valoir que les revendications doivent être d'abord convenablement interprétées avant d'aborder la question de la validité; en particulier, la brevetée a prétendu que les expressions « composants de type EG » et « composants de type CBH I » utilisées dans les revendications doivent être comprises en relation avec les définitions fournies dans la description. La brevetée conclut en affirmant que le Conseil n'a pas utilisé la définition qu'elle donne de ces expressions, et qu'il existe une différence, selon l'activité de substrats distincts (tissu à base de coton contre tissu synthétique), entre l'endoglucanase utilisée par *Rasmussen* et le composant de « type » endoglucanase utilisé par la brevetée. Enfin, la brevetée a pris acte de l'exemple 6 invoqué dans *Rasmussen* et a prétendu que cela constitue une preuve qu'une préparation utilisée dans *Rasmussen* est contaminée par des composants de type CBH, qui confèrent une plus grande perte de la résistance des tissus.

En ce qui a trait à la définition de l'expression « composants de type EG » exposée à la page 13, ligne 3 et la page 14, ligne 6 de la description, le Conseil note que la définition indique ce qui suit (c'est nous qui soulignons) :

[TRADUCTION]

(i) L'expression « composants de type endoglucanase (EG) » couvre tous les composants de cellulase fongique ou une combinaison des composants qui affichent des propriétés de l'activité de détergent semblables aux composants de l'endoglucanase extraits de *Trichoderma reesei*.

.../6

-6-

(ii) Les composants de l'endoglucanase sont les composants fongiques qui donnent des propriétés d'assouplissage, de conservation ou ravivement des couleurs et une meilleure sensation au toucher des vêtements en coton lorsque ces composants sont intégrés dans une solution de lessive.

(iii) Dans une réalisation préférée, les composants de type endoglucanase employés dans les compositions de détergent de cette invention causent aussi une moindre perte de la résistance aux tissus à base de coton que les compositions contenant un système complet de cellulose extraite de *Trichoderma reesei*.

(iv) Il se peut que ces composants de type endoglucanase n'incluent pas des composants traditionnellement classés comme endoglucanases par des tests d'activité [sur des substrats synthétiques].

(v) On estime que ce ne sont pas tous les composants de type endoglucanase, définis par les tests d'activité sur des substrats synthétiques, qui apporteront une ou plusieurs améliorations aux tissus à base de coton.

(vi) Il est plus exact, aux fins des présentes, de définir les composants de type endoglucanase comme les composants de la cellulase fongique, qui possèdent des propriétés dans les compositions de détergent semblables à celles des composants de type endoglucanase extraits de *Trichoderma reesei*.

Ce passage permet d'affirmer raisonnablement que les revendications :

(i) ne se limitent pas à une endoglucanase extraite seulement de *Trichoderma reesei*;

(ii) comprennent de préférence, mais pas nécessairement, une endoglucanase qui cause une moindre perte de la résistance;

(iii) peuvent ou non se limiter aux enzymes qui sont traditionnellement classées comme des endoglucanases par des tests d'activité sur des substrats synthétiques;

(iv) ne comprennent pas des enzymes qui sont traditionnellement classées comme des endoglucanases si elles ont des propriétés qui ne conviennent pas (c.-à-d. ils n'apportent pas au moins une amélioration à un tissu à base de coton);

.../7

-7-

(v) comprennent des endoglucanases qui ont des propriétés dans les compositions de détergent semblables à celles des endoglucanases extraites de *Trichoderma reesei*, c.-à-d. des propriétés comme la capacité d'assouplissage, la capacité de conserver la couleur ou la capacité d'améliorer la sensation au toucher du tissu à base de coton.

En résumé, la définition semble caractériser l'expression « composants de type EG » plus selon les attributs fonctionnels voulus que selon tout autre critère. La définition n'offre aucune indication claire des caractéristiques techniques et des propriétés physiques d'un « composant de type EG » convenable. En outre, il n'existe aucune indication claire qu'une endoglucanase extraite de *Humicola insolens* selon la description de *Rasmussen* ne correspond pas à cette définition. Même si *Rasmussen* se fiait à une épreuve biochimique traditionnelle pour caractériser ses endoglucanases, la brevetée n'a rien indiqué dans la description, ou ailleurs, qui puisse conduire une personne versée dans le domaine à croire qu'une endoglucanase moléculairement pure extraite de *Humicola insolens* ne correspond pas à cette définition, et qu'il existe donc un fondement pour affirmer que *Rasmussen* est hors de la portée de l'invention revendiquée. Au contraire, la description indique de plus qu'une enzyme de l'endoglucanase extraite de *Humicola insolens* est préférée (voir la page 20, lignes 31-35 et page 22, lignes 17-21). De plus, une telle enzyme est décrite par *Rasmussen* comme ayant des propriétés d'assouplissage de tissu et de conservation de la couleur, semblables à celles des endoglucanases extraites de *Trichoderma reesei*. Par conséquent, lorsqu'on examine les revendications compte tenu du mémoire descriptif dans son intégralité, il est raisonnable d'affirmer qu'une personne versée dans le domaine conclurait que les revendications comprennent les enzymes présentées dans *Rasmussen*.

Quant à la définition de l'expression « composants de type CBH I » qui, selon la brevetée, a également été mal comprise par le Conseil compte tenu de la définition fournie à la page 15, ligne 1, et à la page 16, ligne 11, le Conseil est d'avis que cet argument ne mérite guère d'attention puisqu'il est clairement admis que les revendications concernent une composition de cellulase qui a « moins de 5% en poids de composants de type CBH I » et qui ne comporte préféablement « aucune composition de type CBH I » (revendications 3, 10 et 17), et qu'il est clair que *Rasmussen* expose une composition d'endoglucanase moléculairement pure qui est nécessairement dépourvue de composants de type CBH.

.../8

-8-

Concernant l'exemple 6 de *Rasmussen* qui, selon la prétention de la brevetée, indique que la préparation de l'endoglucanase qui y est utilisée est contaminée par des composants de type CBH qui, probablement, causent une plus grande perte de résistance que les compositions de cellulase de l'invention, le Conseil est d'avis que l'exemple 6 n'a pas d'incidence sur la question du contenu de CBH dans les préparations de *Rasmussen*. La brevetée devra reconnaître que l'exemple 6 dans *Rasmussen* vise une évaluation d'une endoglucanase moléculairement pure en comparaison d'un mélange impur aux fins d'évaluation des effets de « lavage abrasif », et qu'elle n'a pas été entrepris pour tester rigoureusement la perte de résistance, même si la résistance à la déchirure est mentionnée dans l'exemple, en passant. De plus, la perte de résistance évaluée par la brevetée dans l'exemple 16 du brevet attaqué a été mesurée à l'aide d'un protocole entièrement différent de celui qui a peut-être été utilisé dans *Rasmussen* (on notera que l'exemple 16 emploie des quantités normalisées de composants d'EG, un appareillage différent, mesure la résistance à la traction au lieu de la résistance à la déchirure et utilise des traitements de tissus répétés). Par conséquent, l'exemple 6 dans *Rasmussen* ne conduirait pas une personne versée dans le domaine à croire que les préparations d'endoglucanase présentées dans *Rasmussen* sont contaminées par plus de 5 % en poids de composants de type BCH I; en particulier compte tenu des nombreuses indications explicites dans le sens contraire que l'on trouve dans le reste du mémoire descriptif, et militant en faveur de l'absence totale de ces contaminants. Enfin, la brevetée doit reconnaître que les revendications passent sous silence le point lié à l'emploi de compositions de cellulase qui causent une moindre perte de résistance. Par conséquent, cette caractéristique ne peut pas servir à distinguer clairement l'invention revendiquée de celle de *Rasmussen*.

Au vu de ce qui précède, le Conseil maintient qu'une personne versée dans le domaine, après avoir lu le mémoire descriptif de brevet au complet, comprendrait raisonnablement et logiquement que *Rasmussen* expose tous les éléments essentiels de l'invention revendiquée, et qu'il n'existe aucune limitation explicite dans les revendications qui placerait *Rasmussen* à coup sûr en dehors de leur portée. À ce titre, le Conseil conclut que les revendications 1 à 21 sont antérieures suivant l'alinéa 28.2(1)c) de la *Loi sur les brevets*.

.../9

-9-

Veillez trouver, ci-joint, un constat délivré en vertu de l'article 48.4 de la *Loi sur les brevets*, et confirmant que ces revendications sont [non] brevetables.

Murray Wilson	Ed MacLaurin	Marc De Vleeschauwer
Président	Membre	Membre

c.c. Novozymes A/S
a/s de Moffat & Co.
427, avenue Laurier Ouest
12^e étage
B.P. 2088, succ. D
Ottawa (Ontario)
K1P 5W3

- ¹ R.S.C., 1985, c. P-4.
- ² Appeal book, Vol. II, at p. 177.
- ³ See para. 48.4(3)(b) of the Act in para. 3 of these reasons.
- ⁴ Supplementary appeal book, Tab 1.
- ⁵ Bill C-22, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 18, subsequently amended, S.C. 1993, c. 15 [ss. 45, 46, 47].
- ⁶ (2007), 55 C.P.R. (4th) 378 (F.C.A.), March 28, 2007. Leave to appeal to the Supreme Court denied, [2007] S.C.C.A. No. 272, May 28, 2007.
- ⁷ SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)].
- ⁸ (2007), 55 C.P.R. (4th) 395 (F.C.), April 11, 2007.
- ⁹ (2007), 61 C.P.R. (4th) 426 (F.C.), August 15, 2007.
- ¹⁰ Appeal book, Vol. II, at p. 193.
- ¹¹ Appeal book, Vol. II, at p. 195.
- ¹² Appeal book, Vol. II, at p. 198.
- ¹³ Appeal book, Vol. II, at p. 218.
- ¹⁴ Appeal book, Vol. II, at p. 222.
- ¹⁵ Supplementary appeal book, at pp. 444-455.
- ¹⁶ [2008] 1 S.C.R. 190, March 7, 2008.
- ¹⁷ R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)].
- ¹⁸ [2006] 1 S.C.R. 772.
- ¹⁹ *Supra*, note 16.
- ²⁰ *Dunsmuir*, *supra*, at para. 63.
- ²¹ [2002] 4 S.C.R. 45.
- ²² *Supra*, note 16.
- ²³ *Supra*, note 16.
- ²⁴ See para. 161 from *Dunsmuir*, *supra*, para. 47 of these reasons, where Justice Deschamps appears to equate “palpable and overriding error” with “unreasonable decision”, suggesting that the two expressions are merely a usage of different terminology that does not change the substance of the review.
- ²⁵ 2006 FC 1542, December 21, 2006.
- ²⁶ R.S.C., 1985, c. T-13.
- ²⁷ [1985] 2 S.C.R. 643, at p. 653.
- ²⁸ *Syndicat des employés de production du Québec et de l’Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, at pp. 895-896.
- ²⁹ [1994] 3 F.C. 425 (T.D.); *affid* (1994), 56 C.P.R. (3d) 377 (F.C.A.).
- ³⁰ (1998), 159 F.T.R. 78 (F.C.T.D.).
- ³¹ Supplementary appeal book, Vol. 3, at p. 476.
- ³² [2003] 4 F.C. 580 (C.A.), March 14, 2003.
- ³³ [2000] 2 S.C.R. 1067.
- ³⁴ (1986), 8 C.P.R. (3d) 289 (F.C.A.).
- ³⁵ (1995), 64 C.P.R. (3d) 10 (F.C.T.D.), at p. 34.
- ¹ L.R.C. (1985), ch. P-4.
- ² Dossier d’appel, vol. II, à la p. 177.
- ³ Voir l’al. 48.4(3)(b) de la Loi, cité au par. 3 des motifs.
- ⁴ Dossier d’appel supplémentaire, Onglet 1.
- ⁵ Projet de loi C-22, L.R.C. (1985) (3e suppl.), ch. 33, art. 18: ultérieurement modifié, L.C. 1993, ch. 15 [art. 45, 46, 47].
- ⁶ 2007 CAF 129, 28 mars 2007. Autorisation d’appel à la Cour suprême refusée, [2007] S.C.C.A. n° 272, 28 mai 2007.
- ⁷ DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)].
- ⁸ 2007 CF 376, 11 avril 2007.
- ⁹ 2007 CF 843, 15 août 2007.
- ¹⁰ Dossier d’appel, vol. II, à la p. 193.
- ¹¹ Dossier d’appel, vol. II, à la p. 195.
- ¹² Dossier d’appel, vol. II, à la p. 198.
- ¹³ Dossier d’appel, vol. II, à la p. 218.
- ¹⁴ Dossier d’appel, vol. II, à la p. 222.
- ¹⁵ Dossier d’appel supplémentaire, aux p. 444 et 455.
- ¹⁶ [2008] 1 R.C.S. 190, 7 mars 2008.
- ¹⁷ L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)].
- ¹⁸ [2006] 1 R.C.S. 772.
- ¹⁹ Précité, note 16.
- ²⁰ *Dunsmuir*, précité, par. 63.
- ²¹ [2002] 4 R.C.S. 45.
- ²² Précité, note 16.
- ²³ Précité, note 16.
- ²⁴ Voir le par. 161 de *Dunsmuir*, cité au par. 47 des présents motifs, où la juge Deschamps semble assimiler « erreur manifeste et dominante » à « décision déraisonnable », affirmant que les deux expressions sont simplement le fruit de nuances terminologiques qui ne changent pas la teneur de l’examen.
- ²⁵ 2006 CF 1542, 21 décembre 2006.
- ²⁶ L.R.C. (1985), ch. T-13.
- ²⁷ [1985] 2 R.C.S. 643, à la p. 653.
- ²⁸ *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, aux p. 895 et 896.
- ²⁹ [1994] 3 C.F. 425 (1^{re} inst.), *conf. par* [1994] A.C.F. n° 884 (C.A.) (QL).
- ³⁰ [1998] A.C.F. n° 1723 (1^{re} inst.) (QL).
- ³¹ Dossier supplémentaire d’appel, vol. 3, à la p. 476.
- ³² [2003] 4 C.F. 580 (C.A.), 14 mars 2003.
- ³³ [2000] 2 R.C.S. 1067.
- ³⁴ A-362-84, jugement en date du 10 février 1986, C.A.F.
- ³⁵ [1995] A.C.F. n° 1433 (1^{re} inst.) (QL), au par. 95.

T-463-07
2008 FC 624

T-463-07
2008 CF 624

Dennis Manuge (*Plaintiff*)

v.

Her Majesty the Queen (*Defendant*)

INDEXED AS: MANUGE V. CANADA (F.C.)

Federal Court, Barnes J.—Halifax, February 12, 13, 14; Ottawa, May 20, 2008.

Practice — Class Proceedings — Motion to certify plaintiff's action as class proceeding pursuant to Federal Courts Rules, r. 334.16 — Action seeking declaratory relief, damages relating to clawback of plaintiff's disability pension under Pension Act from long-term disability benefits under Canadian Forces' Service Income Security Insurance Plan (SISIP), pursuant to SISIP Policy No. 901102, S. 24, alleged breach of public, fiduciary duties — Canada v. Grenier distinguished — Rationale for requiring judicial review as prerequisite to action absent herein — Proposed class action raising issues common to all prospective class members, class members identifiable, plaintiff appropriate representative — Access to justice enhancing argument for class proceeding as not economical for any one person to prosecute claim — Proceeding ideally suited to certification as class proceeding — Motion granted.

This was a motion to have an action certified as a class proceeding in accordance with rule 334.16 of the *Federal Courts Rules*. The plaintiff was awarded a disability pension under the *Pension Act* (the Veterans Affairs Canada (VAC) benefit) in 2002. He was subsequently released from the Canadian Forces on medical grounds and approved to receive long-term disability benefits under the Canadian Forces' Service Income Security Insurance Plan (SISIP). In accordance with Section 24 of SISIP Policy No. 901102, these benefits were reduced by an amount equal to the VAC benefits received by the plaintiff. In his action, the plaintiff seeks declaratory relief and damages, claiming that Section 24 of the SISIP Policy is unlawful, *ultra vires* and discriminatory as well as breach of public and fiduciary duties. At issue was whether this action should be certified as a class proceeding.

Dennis Manuge (*demandeur*)

c.

Sa Majesté la Reine (*défenderesse*)

RÉPERTORIÉ : MANUGE C. CANADA (C.F.)

Cour fédérale, juge Barnes—Halifax, 12, 13 et 14 février; Ottawa, 20 mai 2008.

Pratique — Recours collectif — Requête présentée pour que l'action du demandeur soit autorisée comme recours collectif en application de la règle 334.16 des Règles des Cours fédérales — Le demandeur sollicitait un jugement déclaratoire et des dommages-intérêts relativement à la récupération de sa pension d'invalidité attribuée en vertu de la Loi sur les pensions sur ses prestations d'invalidité de longue durée au titre du Régime d'assurance-revenu militaire (RARM), conformément à l'art. 24 de la police no 901102 du RARM — Le demandeur alléguait notamment que cette récupération serait contraire aux obligations publiques et fiduciaires de la Couronne — Arrêt Canada c. Grenier différencié — La raison d'exiger un contrôle judiciaire préalablement à une action était absente en l'espèce — Le recours collectif projeté soulevait des questions de droit communes à tous les membres prévus du groupe, le groupe projeté était identifiable et le demandeur était un représentant demandeur légitime — La question de l'accès à la justice favorisait l'idée d'un recours collectif puisqu'il n'était pas économique pour un seul justiciable de déposer un recours — L'instance semblait se prêter idéalement à une autorisation comme recours collectif — Requête accordée.

Il s'agissait d'une requête présentée pour qu'une action soit autorisée comme recours collectif en application de la règle 334.16 des *Règles des Cours fédérales*. En 2002, le demandeur s'est vu attribuer une pension d'invalidité en vertu de la *Loi sur les pensions* (la prestation d'Anciens Combattants Canada (ACC)). Par la suite, il a obtenu sa libération des Forces canadiennes pour raisons médicales et a été déclaré admissible à des prestations d'invalidité de longue durée au titre du Régime d'assurance-revenu militaire (le RARM). Conformément à l'article 24 de la police n° 901102 du RARM, un montant égal aux prestations que le demandeur recevait d'ACC a été déduit de ces prestations. Dans le cadre de son action, le demandeur a sollicité un jugement déclaratoire et des dommages-intérêts, affirmant que l'article 24 de la police du RARM est illégal, invalide, discriminatoire et contraire aux obligations publiques et fiduciaires de la Couronne. La question à trancher en l'espèce était celle de savoir si cette action devait être autorisée comme recours collectif.

Held, the motion should be granted.

Canada v. Grenier held that, where a party's claim to damages rests upon the decision of a federal board or tribunal, the lawfulness of that underlying decision must first be determined by way of judicial review. The Court in *Grenier* did not intend to confine the requirement for judicial review to cases involving challenges to administrative decisions. The ultimate focus was the mandatory language of *Federal Courts Act*, subsection 18(3), subject to the discretion available under subsection 18.4(2). The strictness of the *ratio* in *Grenier* can be mitigated in appropriate cases by the authority to convert an application for judicial review into an action. The policy concerns about collateral attacks, finality and deference at issue in *Grenier* did not obviously apply. The rationale for requiring judicial review as a prerequisite to an action for damages was mostly, if not completely, absent.

The proposed class action raised questions of law common to all prospective class members, the proposed class was identifiable, and the plaintiff was an appropriate representative plaintiff. There was no indication in the evidence that any member of the proposed class had a valid interest in prosecuting an individual claim. The amounts in issue appeared to be quite modest and well below the threshold for prosecuting such claims. The issue of access to justice being an important consideration in determining whether a proceeding ought to be certified, the fact that it was not economical for any one person to prosecute a claim and that the Crown had not indicated a willingness to indemnify the plaintiff or anyone else for the costs required to prosecute a binding test case, enhanced the argument for a class proceeding. There was also no guarantee that the Crown would abide by a declaration issued in favour of the plaintiff. Issues of enforcement are better addressed and supervised within the context of a class proceeding. And issues of judicial economy, efficiency and fairness can effectively be managed by the Court. There must be a reasonable cause of action to support a motion to certify. The threshold to establish a reasonable cause of action is very low: it must be "plain and obvious" that the plaintiff cannot succeed for a claim to not be considered reasonable. The present proceeding, which disclosed a reasonable cause of action, seemed to be ideally suited to certification as a class proceeding for the above reasons and the fact that there were no apparent competing interests, indemnity claims or subclasses.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*,

Jugement : la requête doit être accordée.

Selon l'arrêt *Canada c. Grenier*, lorsqu'une demande de réparation repose sur la décision d'un office fédéral, la légalité de cette décision doit d'abord être établie par procédure de contrôle judiciaire. Dans cette affaire, la Cour d'appel n'entendait pas limiter la nécessité préalable d'une procédure de contrôle judiciaire aux cas portant sur la contestation d'une décision administrative. La Cour d'appel s'est attardée en dernière analyse sur le libellé impératif du paragraphe 18(3) de la *Loi sur les Cours fédérales*, sous réserve du pouvoir discrétionnaire conféré par le paragraphe 18.4(2). La rigueur du *ratio decidendi* de l'arrêt *Grenier* peut être atténuée, dans les cas qui s'y prêtent, par le pouvoir de convertir en action une demande de contrôle judiciaire. Les préoccupations de politique générale relatives aux contestations incidentes, au caractère définitif des décisions administratives et à la retenue qu'elles commandent dont il était question dans l'arrêt *Grenier* n'intervenaient pas naturellement en l'espèce. La raison d'exiger un contrôle judiciaire préalablement à une action en dommages-intérêts était largement, sinon totalement, absente.

Le recours collectif projeté soulevait des questions de droit communes à tous les membres prévus du groupe, le groupe projeté était identifiable et le demandeur était un représentant demandeur légitime. La preuve ne démontrait pas que des membres du groupe proposé avaient véritablement intérêt à déposer des recours individuels. Les sommes en cause paraissaient assez modestes et bien en deçà du seuil admis pour le dépôt de recours individuels. La question de l'accès à la justice est un élément important à prendre en compte pour savoir si une instance devrait être autorisée. Puisqu'il n'était pas économique pour un seul justiciable de déposer un recours et que la Couronne n'a pas montré sa volonté d'indemniser le demandeur ou quiconque des frais à engager pour soumettre à la Cour une cause type qui aura force obligatoire, alors l'idée d'un recours collectif avait d'autant plus de force. De même, il n'y avait pas de garantie que la Couronne se conformerait à un jugement déclaratoire rendu en faveur du demandeur. On serait mieux à même d'examiner et de surveiller les modalités d'exécution dans le contexte d'un recours collectif. Les questions d'économie des ressources judiciaires, d'efficacité du système judiciaire et d'équité peuvent être efficacement gérées par la Cour. Il doit exister une cause d'action valable au soutien d'une requête en autorisation. Le seuil qu'il faut atteindre pour établir une cause d'action valable est très faible : il doit être « manifeste et évident » que le demandeur ne saurait avoir gain de cause pour que la demande ne soit pas considérée valable. La présente instance, qui révélait une cause d'action valable, semblait se prêter idéalement à une autorisation comme recours collectif pour les motifs susmentionnés, d'autant plus qu'il n'y avait pas d'intérêts opposés, de recours contradictoires ou de sous-groupes rivaux évidents.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi*

1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15(1), 24.
Canadian Forces Superannuation Act, R.S.C., 1985, c. C-17.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 17 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3; 2002, c. 8, s. 24), 18(3) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1(2) (as enacted *idem*, s. 5; 2002, c. 8, s. 27), 18.4(2) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 299.3 (rep. by SOR/2007-301, s. 6), 334.16 (as enacted *idem*, s. 7), 334.28 (as enacted *idem*), 334.32 (as enacted *idem*), 334.39 (as enacted *idem*).
National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, s. 39 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 60, Sch. I, s. 19).
Pension Act, R.S.C., 1985, c. P-6, s. 30 (as am. by S.C. 2000, c. 34, s. 24).
Public Service Superannuation Act, R.S.C., 1985, c. P-36.

de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art.1, 15(1), 24.
Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 39 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 60, ann. I, art. 19).
Loi sur la pension de la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-36.
Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes, L.R.C. (1985), ch. C-17.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 17 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3; 2002, ch. 8, art. 24), 18(3) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1(2) (édicte, *idem*, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27), 18.4(2) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).
Loi sur les pensions, L.R.C. (1985), ch. P-6, art. 30 (mod. par L.C. 2000, ch. 34, art. 24).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 299.3 (abrogée par DORS/2007-301, art. 6), 334.16 (édicte, *idem*, art. 7), 334.28 (édicte, *idem*), 334.32 (édicte, *idem*), 334.39 (édicte, *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Krause v. Canada, [1999] 2 F.C. 476; (1999), 19 C.C.P.B. 179; 236 N.R. 317 (C.A.); *Tihomirovs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 2 F.C.R. 531; (2005), 31 Admin. L.R. (4th) 257; 49 Imm. L.R. (3d) 163; 339 N.R. 210; 2005 FCA 308; *Rasolzadeh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 2 F.C.R. 386; (2005), 48 Imm. L.R. (3d) 76; 2005 FC 919; *Nanaimo Immigrant Settlement Society v. British Columbia* (2001), 84 B.C.L.R. (3d) 208; 149 B.C.A.C. 26; 2001 BCCA 75; *Sylvain v. Canada (Agriculture and Agri-Food)* (2004), 267 F.T.R. 146; 2004 FC 1610; *Brogaard v. Canada (Attorney General)* (2002), 7 B.C.L.R. (4th) 358; 25 C.P.C. (5th) 323; 2002 BCSC 1149.

DISTINGUISHED:

Canada v. Grenier, [2006] 2 F.C.R. 287; (2005), 262 D.L.R. (4th) 337; 344 N.R. 102; 2005 FCA 348; *Canada v. Tremblay*, [2004] 4 F.C.R. 165; (2004), 244 D.L.R. (4th) 422; 327 N.R. 160; 2004 FCA 172; *Budisukma Puncak Sendirian Berhad v. Canada* (2005), 338 N.R. 75; 2005 FCA 267.

CONSIDERED:

Campbell v. Flexwatt Corp., [1998] 6 W.W.R. 275; (1997), 98 B.C.L.R. (3d) 343; 98 B.C.A.C. 22; 15 C.P.C. (4th) 1 (C.A.); *Scott v. TD Waterhouse Investor Services (Canada) Inc.* (2001), 94 B.C.L.R. (3d) 320; 2001 BCSC 1299; *Lee Valley Tools Ltd. v. Canada Post Corp.*, [2007] O.J. No.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Krause c. Canada, [1999] 2 C.F. 476 (C.A.); *Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 2 R.C.F. 531; 2005 CAF 308; *Rasolzadeh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 2 R.C.F. 386; 2005 CF 919; *Nanaimo Immigrant Settlement Society v. British Columbia* (2001), 84 B.C.L.R. (3d) 208; 149 B.C.A.C. 26; 2001 BCCA 75; *Sylvain c. Canada (Agriculture et Agroalimentaire)*, 2004 CF 1610; *Brogaard v. Canada (Attorney General)* (2002), 7 B.C.L.R. (4th) 358; 25 C.P.C. (5th) 323; 2002 BCSC 1149.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Canada c. Grenier, [2006] 2 R.C.F. 287; 2005 CAF 348; *Canada c. Tremblay*, [2004] 4 R.C.F. 165; 2004 CAF 172; *Budisukma Puncak Sendirian Berhad c. Canada*, 2005 CAF 267.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Campbell v. Flexwatt Corp., [1998] 6 W.W.R. 275; (1997), 98 B.C.L.R. (3d) 343; 98 B.C.A.C. 22; 15 C.P.C. (4th) 1 (C.A.); *Scott v. TD Waterhouse Investor Services (Canada) Inc.* (2001), 94 B.C.L.R. (3d) 320; 2001 BCSC 1299; *Lee Valley Tools Ltd. v. Canada Post Corp.*, [2007] O.J. No.

4942 (Sup. Ct. J.) (QL); *Hinton v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2008] 4 F.C.R. 391; (2008), 67 Imm. L.R. (3d) 61; 2008 FC 7.

REFERRED TO:

Moresby Explorers Ltd. v. Canada (Attorney General), [2008] 2 F.C.R. 341; (2007), 284 D.L.R. (4th) 708; 367 N.R. 204; 2007 FCA 273; *Morneault v. Canada (Attorney General)*, [2001] 1 F.C. 30; (2000), 189 D.L.R. (4th) 96; 32 Admin. L.R. (3d) 292; 256 N.R. 85 (C.A.); *H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [2006] 1 S.C.R. 441; (2006), 266 D.L.R. (4th) 675; 48 C.P.R. (4th) 161; 347 N.R. 1; 2006 SCC 13; *Genge v. Canada (Attorney General)* (2007), 270 Nfld. & P.E.I.R. 182; 285 D.L.R. (4th) 259; 2007 NLCA 60; *Tihomirovs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 4 F.C.R. 341; (2006), 43 Imm. L.R. (4th) 189; 53 Imm. L.R. (3d) 236; 2006 FC 197; *Bodnar v. The Cash Store Inc.*, [2006] 9 W.W.R. 41; (2006), 55 B.C.L.R. (4th) 53; 227 B.C.A.C. 209; 2006 BCCA 260; *Robertson v. Thomson Corp.* (1999), 43 O.R. (3d) 161; 171 D.L.R. (4th) 171; 30 C.P.C. (4th) 182; 85 C.P.R. (3d) 1; 86 O.T.C. 226 (Gen. Div.); *Howard Estate v. British Columbia* (1999), 66 B.C.L.R. (3d) 199; 32 C.P.C. (4th) 41; 26 E.T.R. (2d) 210 (S.C.); *Withler v. Canada (Attorney General)*, [2002] 9 W.W.R. 477; (2002), 3 B.C.L.R. (4th) 365; 21 C.P.C. 102; 2002 BCSC 820; *Le Corre v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 155; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; (1990), 74 D.L.R. (4th) 321; [1990] 6 W.W.R. 385; 49 B.C.L.R. (2d) 273; 4 C.C.L.T. (2d) 1; 43 C.P.C. (2d) 105; 117 N.R. 321; *Endean v. Canadian Red Cross Society* (1997), 148 D.L.R. (4th) 158; [1997] 10 W.W.R. 752; 36 B.C.L.R. (3d) 350; 37 C.C.L.T. (2d) 242; 11 C.P.C. (4th) 368 (S.C.); *Kranjcec v. Ontario* (2004), 69 O.R. (3d) 231; 40 C.C.E.L. (3d) 24 (Sup. Ct. J.).

MOTION to certify as a class proceeding the plaintiff's action, contesting a reduction by the amount of his disability pension under the *Pension Act* of his long-term disability benefits under the Canadian Forces' Service Income Security Insurance Plan. Motion granted.

APPEARANCES:

Peter J. Driscoll and *Ward W. Branch* for plaintiff.

Lori Rasmussen and *Jonathan Shapiro* for defendant.

SOLICITORS OF RECORD:

McInnes Cooper, Halifax, and *Branch MacMaster*, Vancouver, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

4942 (C.S.J.) (QL); *Hinton c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2008] 4 R.C.F. 391; 2008 CF 7.

DÉCISIONS CITÉES :

Moresby Explorers Ltd. c. Canada (Procureur général), [2008] 2 R.C.F. 341; 2007 CAF 273; *Morneault c. Canada (Procureur général)*, [2001] 1 C.F. 30 (C.A.); *H.J. Heinz Co. du Canada ltée c. Canada (Procureur général)*, [2006] 1 R.C.S. 441; 2006 CSC 13; *Genge v. Canada (Attorney General)* (2007), 270 Nfld. & P.E.I.R. 182; 285 D.L.R. (4th) 259; 2007 NLCA 60; *Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 4 R.C.F. 341; 2006 CF 197; *Bodnar v. The Cash Store Inc.*, [2006] 9 W.W.R. 41; (2006), 55 B.C.L.R. (4th) 53; 227 B.C.A.C. 209; 2006 BCCA 260; *Robertson v. Thomson Corp.* (1999), 43 O.R. (3d) 161; 171 D.L.R. (4th) 171; 30 C.P.C. (4th) 182; 85 C.P.R. (3d) 1; 86 O.T.C. 226 (Div. gén.); *Howard Estate v. British Columbia* (1999), 66 B.C.L.R. (3d) 199; 32 C.P.C. (4th) 41; 26 E.T.R. (2d) 210 (C.S.); *Withler v. Canada (Attorney General)*, [2002] 9 W.W.R. 477; (2002), 3 B.C.L.R. (4th) 365; 21 C.P.C. 102; 2002 BCSC 820; *Le Corre c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 155; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *Endean v. Canadian Red Cross Society* (1997), 148 D.L.R. (4th) 158; [1997] 10 W.W.R. 752; 36 B.C.L.R. (3d) 350; 37 C.C.L.T. (2d) 242; 11 C.P.C. (4th) 368 (C.S.); *Kranjcec v. Ontario* (2004), 69 O.R. (3d) 231; 40 C.C.E.L. (3d) 24 (C.S.J.).

REQUÊTE pour que soit autorisée comme recours collectif l'action du demandeur contestant la récupération de sa pension d'invalidité versée en vertu de la *Loi sur les pensions* sur ses prestations d'invalidité de longue durée au titre du Régime d'assurance-revenu militaire. Requête accordée.

ONT COMPARU :

Peter J. Driscoll et *Ward W. Branch* pour le demandeur.

Lori Rasmussen et *Jonathan Shapiro* pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

McInnes Cooper, Halifax, et *Branch MacMaster*, Vancouver, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

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

[1] BARNES J.: The plaintiff in this action, Dennis Manuge, seeks to have the action certified as a class proceeding [also referred to in these reasons as a class action] in accordance with rule 334.16 [as enacted by SOR/2007-301, s. 7] of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)]. The defendant (the Crown) opposes this motion on several grounds. The Crown says that “at the heart of [the] action is a dispute as to the validity of a federal administrative decision” the lawfulness or validity of which must first be determined by way of judicial review. Accordingly, only if that judicial review application is determined in favour of Mr. Manuge can the matter proceed as an action for damages. The Crown also argues that, whether or not judicial review is a prerequisite to the claim moving forward, it is preferable that the case proceed as an individual judicial review because of the practical concerns for judicial economy and efficiency. Those are concerns which the Crown says will arise in some measure whether the proceeding is certified as an application or as an action.

I. Background

[2] Mr. Manuge is a former member of the Canadian Forces who served from September 9, 1994 until he was released on medical grounds on December 29, 2003. In 2002, Mr. Manuge was awarded a disability pension under the *Pension Act*, R.S.C., 1985, c. P-6 payable in the monthly amount of \$386.28 (the VAC [Veterans Affairs Canada] benefit). This VAC benefit was in addition to his Canadian Forces salary of \$3,942 per month.

[3] Upon his release, Mr. Manuge was approved to receive long-term disability benefits under the Canadian Forces’ mandatory disability plan (the SISIP [Service Income Security Insurance Plan]). In accordance with Section 24 of the SISIP Policy [No. 901102], the monthly disability benefit payable to Mr. Manuge was set at 75% of his gross monthly income reduced by

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

[1] LE JUGE BARNES : Le demandeur dans la présente action, Dennis Manuge, demande que l’action soit autorisée comme recours collectif, en application de la règle 334.16 [éditée par DORS/2007-301, art. 7] des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)]. La défenderesse (la Couronne) s’oppose à cette requête, en alléguant plusieurs moyens. Elle dit que « l’action vise essentiellement à contester la validité d’une décision administrative fédérale » dont la légalité ou la validité doit d’abord être établie par contrôle judiciaire. Par conséquent, ce n’est que s’il est statué sur une demande de contrôle judiciaire en faveur de M. Manuge que l’affaire pourra déboucher sur une action en dommages-intérêts. La Couronne fait aussi valoir que, sans égard à la question de savoir si une procédure de contrôle judiciaire est ou non un préalable à la recevabilité de l’action, il est préférable que l’affaire suive son cours en tant que procédure de contrôle judiciaire, et cela en raison des impératifs d’économie des ressources judiciaires et d’efficacité du système de justice. Ce sont là des impératifs qui, de dire la Couronne, surgiront d’une manière ou d’une autre, que la procédure soit autorisée comme demande ou comme action.

I. Contexte

[2] M. Manuge est un ancien membre des Forces canadiennes qui a servi du 9 septembre 1994 jusqu’à sa libération le 29 décembre 2003 pour raisons médicales. En 2002, M. Manuge s’est vu attribuer, en vertu de la *Loi sur les pensions*, L.R.C. (1985), ch. P-6, une pension d’invalidité d’un montant mensuel de 386,28 \$ (la prestation d’ACC [Anciens Combattants Canada]). Cette prestation d’ACC s’ajoutait à son traitement de 3 942 \$ par mois des Forces canadiennes.

[3] À sa libération, M. Manuge a été déclaré admissible à des prestations d’invalidité de longue durée au titre du régime obligatoire d’invalidité des Forces canadiennes (le RARM, Régime d’assurance-revenu militaire). Conformément à l’article 24 de la police [n° 901102] du RARM, la prestation mensuelle d’invalidité payable à M. Manuge a été fixée à 75

the monthly VAC benefit he receives. This offset of the VAC benefit has left Mr. Manuge with monthly disability income at a level of 75% of his gross employment income, which is approximately 59% of his total pre-release income (employment income and VAC income).

[4] It is the treatment of the VAC benefit that is at the crux of Mr. Manuge's claim to relief. He asserts that the "clawback" of that benefit from his SISIP income is unlawful and unfair. The Crown argues that this "benefit offset" is nothing more than a legitimate attempt to rationalize or coordinate benefits very much in keeping with the contractual models for long-term disability insurance that apply in the public and private sectors.

[5] The evidence before me indicates that the income replacement benefits payable to members of the Canadian Forces and to their dependants were historically inconsistent and, in some instances, markedly inadequate. Since at least the late 1960s, efforts were taken within the Canadian Forces to improve the coverage and to eliminate anomalies. The primary response to the identified coverage problems was the creation, under section 39 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 60, Sch. I, s. 19] of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985 c. N-5, of the SISIP.

[6] Initially the SISIP was voluntary but in 1982, enrollment became mandatory. Over the years, the coverages available under the SISIP have changed, as have the membership contribution levels. Presently, the SISIP is 85% funded by the Treasury Board with the remaining funding coming from membership premiums. The affidavit of André Bouchard, President of SISIP Financial Services, indicates that the SISIP was amended in 1976 to provide for the reduction of SISIP benefits by the amounts payable to members under the *Pension Act* and that this was done "for reasons of cost and equity."

p. 100 de son revenu mensuel brut, après déduction de la prestation mensuelle qu'il reçoit d'ACC. Cette neutralisation de la prestation d'ACC fait que M. Manuge perçoit un revenu mensuel d'invalidité représentant 75 p. 100 de son revenu brut d'emploi, ce qui correspond à environ 59 p. 100 de son revenu total avant libération (revenu d'emploi et prestation d'ACC).

[4] C'est le traitement de la prestation d'ACC qui est au cœur du recours déposé par M. Manuge. Il dit que la récupération de cette prestation sur son revenu du RARM est illégale et injuste. La Couronne fait valoir que cette « neutralisation de la prestation » n'est rien d'autre qu'une tentative légitime de rationaliser ou de coordonner les prestations d'une manière qui s'accorde tout à fait avec les modèles contractuels d'assurance-invalidité de longue durée qui sont appliqués dans les secteurs public et privé.

[5] D'après la preuve que j'ai devant moi, les prestations de remplacement du revenu qui sont payables aux membres des Forces canadiennes et à leurs personnes à charge ont toujours été variables et, dans certains cas, fort insuffisantes. Depuis au moins la fin des années 1960, des mesures ont été prises au sein des Forces canadiennes pour améliorer la protection et éliminer les anomalies. La première réaction aux lacunes de la protection fut la mise sur pied, en vertu de l'article 39 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 60, ann. I, art. 19] de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, du RARM.

[6] Au début, le RARM était un régime facultatif, mais, en 1982, l'inscription à ce régime est devenue obligatoire. Au fil des ans, les protections offertes par le RARM ont évolué, tout comme les niveaux de cotisation des membres. À l'heure actuelle, le RARM est financé à 85 p. 100 par le Conseil du Trésor, le reste étant pris en charge par les primes des membres. L'affidavit d'André Bouchard, président des Services financiers du RARM, précise que le RARM a été modifié en 1976 et que, à partir de cette année-là, les prestations du RARM ont été réduites d'un montant équivalent aux sommes payables aux membres en vertu de la *Loi sur les pensions*. Cette modification avait été apportée « pour des raisons de coût et d'équité ».

[7] Since the passage of the New Veterans Charter in 2006, the issue of the deduction of VAC benefits from SISIP income is no longer of any concern because the monthly VAC benefit has been replaced by a non-deductible, lump-sum payment. However, for Mr. Manuge and for about 4000 other Canadian Forces members in a similar situation, the monthly offset of the VAC benefit from their SISIP income continues.

II. The scope of the claim

[8] The statement of claim filed by Mr. Manuge alleges that Section 24 of the SISIP Policy is unlawful, *ultra vires* and contrary to the *Pension Act*, and that the Section also breaches his equality rights under subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (Charter). The statement of claim further alleges that the Crown has breached public law and fiduciary obligations owed to Mr. Manuge and that it has otherwise acted in bad faith and has been unjustly enriched by its conduct. Mr. Manuge seeks relief in the form of various declarations in support of his asserted liability allegations, reimbursement of the monies deducted from his SISIP income, general, punitive, exemplary and aggravated damages, interest and costs.

III. Issue

[9] Should this action be certified as a class proceeding under rule 334.16 of the *Federal Courts Rules*?

IV. Analysis

[10] The Crown contends that this proceeding is indistinguishable from the situation in *Canada v. Grenier*, [2006] 2 F.C.R. 287 (F.C.A.), where it was held that, where a party's claim to damages rests upon a

[7] Depuis l'adoption en 2006 de la nouvelle Charte des anciens combattants, le principe consistant à déduire les prestations d'ACC du revenu tiré du RARM ne pose plus de difficultés parce que la prestation mensuelle d'ACC a été remplacée par un paiement forfaitaire non déductible. Cependant, pour M. Manuge et pour environ 4 000 autres membres des Forces canadiennes dans la même situation que lui, la prestation d'ACC continue d'être déduite chaque mois du revenu provenant du RARM.

II. Champ de la réclamation

[8] Dans sa déclaration, M. Manuge dit que l'article 24 de la police du RARM est illégal, invalide et contraire à la *Loi sur les pensions*, et qu'il contrevient aussi aux droits à l'égalité qui lui sont conférés par le 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). Il écrit aussi dans sa déclaration que la Couronne a manqué à ses obligations de droit public et obligations fiduciaires envers lui et qu'elle a par ailleurs agi de mauvaise foi et s'est enrichie injustement par sa conduite. M. Manuge demande une réparation sous la forme de divers jugements déclaratoires confirmant ses allégations de responsabilité, et il demande aussi le remboursement des sommes déduites de son revenu du RARM, ainsi que des dommages-intérêts généraux, punitifs, exemplaires et majorés, outre les intérêts et les dépens.

III. Point litigieux

[9] Cette action devrait-elle être autorisée comme recours collectif en vertu de la règle 334.16 des *Règles des Cours fédérales*?

IV. Analyse

[10] La Couronne dit que la présente instance ne se distingue pas de celle qui avait donné lieu à l'arrêt *Canada c. Grenier*, [2006] 2 R.C.F. 287, où la Cour d'appel fédérale a jugé que, lorsqu'une demande de

decision of a federal board or tribunal, the lawfulness of that underlying decision must first be determined by way of an application for judicial review. This argument is succinctly framed in the following passage from the Crown's memorandum of fact and law in the case at bar (at paragraphs 25-28):

The SISIP insurance policy, and more specifically, the SISIP LTD benefit, was designed and modified over the years by the Chief of Defence Staff [CDS] or his delegates, pursuant to his authority under ss. 18(1) and 39(1) of the *National Defence Act*, which read:

18(1) The Governor in Council may appoint an officer to be the Chief of the Defence Staff, who shall hold such rank as the Governor in Council may prescribe and who shall, subject to the regulations and under the direction of the Minister, be charged with the control and administration of the Canadian Forces.

...

39(1) Non-public property acquired by contribution but not contributed to any specific unit or other element of the Canadian Forces shall vest in the Chief of the Defence Staff and, subject to any specific directions by the contributor as to its disposal, may be disposed of at the discretion and direction of the Chief of the Defence Staff for the benefit of all or any officers and non-commissioned members or former officers and non-commissioned members, or their dependants.

In setting up the SISIP LTD scheme, the CDS and/or his delegates were acting as a "federal board, commission or other tribunal" within the meaning of s. 2 of the FCA [*Federal Courts Act*]. They were "exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament" when they designed the SISIP scheme for the better administration of the CF [Canadian Forces] and the benefit of its members.

Each of the claims pleaded in the Plaintiff's statement of claim must stand or fall based on the validity of the decision to include *Pension Act* benefits in the list of deductions against SISIP LTD benefits in s. 24(a)(iv) of the SISIP policy. It follows then, that the essence of this claim is whether the decision to reduce SISIP LTD benefits by the amount of *Pension Act* benefits was a valid federal administrative decision. As stated in *Dhalla*:

As the Statement of Claim is currently drafted, the Plaintiffs cannot avoid the finding that all of its heads of action are an indirect attack on the validity of the process and the decision

réparation repose sur la décision d'un office fédéral, la légalité de cette décision doit d'abord être établie par procédure de contrôle judiciaire. Cet argument est brièvement développé dans le passage suivant de l'exposé des faits et du droit produit par la Couronne dans la présente affaire (aux paragraphes 25 à 28) :

[TRADUCTION] La police d'assurance du RARM, et plus précisément la prestation du RARM IP, ont été conçues et modifiées au fil des ans par le Chef d'état-major de la Défense [CEMD] ou ses représentants, conformément aux pouvoirs qui lui sont conférés par les paragraphes 18(1) et 39(1) de la *Loi sur la défense nationale* :

18(1) Le gouverneur en conseil peut élever au poste de chef d'état-major de la défense un officier dont il fixe le grade. Sous l'autorité du ministre et sous réserve des règlements, cet officier assure la direction et la gestion des Forces canadiennes.

[...]

39(1) Les biens non publics reçus en don sans être spécifiquement attribués à une unité ou un autre élément des Forces canadiennes sont dévolus au chef d'état-major de la défense; sous réserve de toute instruction expresse du donateur quant à leur destination, celui-ci peut, à son appréciation, ordonner qu'il en soit disposé au profit de l'ensemble ou d'une partie des officiers et militaires du rang, anciens ou en poste, ou des personnes à leur charge.

Au moment d'établir le RARM IP, le CEMD et/ou ses représentants agissaient en tant qu'« office fédéral » au sens de l'article 2 de la LCF [*Loi sur les Cours fédérales*]. Ils « exerçaient ou prétendaient exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale », lorsqu'ils ont conçu le RARM pour la bonne gestion des FC [Forces canadiennes] et pour l'avantage de leurs membres.

Chacune des allégations figurant dans la déclaration du demandeur subsistera ou tombera selon que sera valide ou non la décision d'inclure les prestations de la *Loi sur les pensions* dans la liste des déductions à appliquer aux prestations du RARM IP, liste figurant à l'alinéa 24a)(iv) de la police du RARM. Il s'ensuit donc qu'il s'agit ici essentiellement de savoir si la décision de soustraire des prestations du RARM IP les prestations versées en vertu de la *Loi sur les pensions* était une décision administrative fédérale valide. Il est écrit ce qui suit dans la décision *Dhalla* :

Actuellement, la déclaration est rédigée de façon telle que les demandeurs ne peuvent éviter la conclusion selon laquelle tous les chefs d'action visent à attaquer

itself. Therefore, the Plaintiffs cannot use collateral attack on that decision to sustain their damages claim.

As such, it is submitted that the Plaintiff *must* successfully challenge the decision by an application for judicial review under s. 18 of the FCA before grounding an action under s. 17 of the FCA. Unless and until this administrative decision be judged invalid by way of judicial review, the claim discloses no reasonable cause of action and is premature.

[11] First of all, I do not agree with the Crown that the liability issue which Mr. Manuge has raised in his pleadings is based upon a decision of a federal board or tribunal. While it is undoubtedly correct that the inclusion of Section 24(a)(iv) of the SISIP Policy emanates from a decision made many years ago by the Chief of Defence Staff or by his delegate, what Mr. Manuge seeks to challenge is the lawfulness of the government's policy (as reflected in Section 24 of the SISIP Policy) and by the corresponding action to reduce his monthly SISIP income by the amount received by him under the *Pension Act*. This situation is more in keeping with that addressed by the Federal Court of Appeal in *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476 (C.A.) than in *Grenier*, above. In *Krause*, the appellants sought prerogative relief to compel the Crown to credit their pension accounts as required by the *Public Service Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. P-36 and by the *Canadian Forces Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. C-17. The Court summarized the claim in *Krause* as follows (at paragraph 6):

The principal complaint in issue is that in each fiscal year beginning with the 1993-1994 fiscal year, the responsible Ministers have failed to credit each of the pension accounts with the full amounts required to be credited pursuant to subsections 44(1) of the PSSA and 55(1) of the CFSA, respectively. The appellants assert that in each of those years a portion of the surpluses standing in the accounts has been improperly amortized over a period of several years through the use of the Allowance for Pension Adjustment Account and that these actions are ongoing and are in violation of the Ministers' duties imposed by those subsections.

indirectement la validité du processus et la décision elle-même. Par voie de conséquence, les demandeurs ne peuvent attaquer collatéralement la décision pour étayer le bien-fondé de leur action en dommages-intérêts.

La défenderesse affirme donc que le demandeur *doit* faire invalider la décision par demande de contrôle judiciaire, en application de l'article 18 de la LCF, avant d'engager une action en vertu de l'article 17 de la LCF. Tant que cette décision administrative ne sera pas déclarée invalide par contrôle judiciaire, la déclaration ne révèle aucune cause d'action valable et elle est prématurée.

[11] D'abord, je ne partage pas l'avis de la Couronne lorsqu'elle dit que la question de la responsabilité soulevée par M. Manuge dans ses actes de procédure a pour origine la décision d'un office fédéral. Il est sans aucun doute exact de dire que l'inclusion des prestations versées selon la *Loi sur les pensions* dans la liste de l'alinéa 24a)(iv) de la police du RARM résulte d'une décision prise il y a de nombreuses années par le Chef d'état-major de la Défense ou son représentant, mais, ce que M. Manuge entend contester, c'est la légalité de la politique du gouvernement (énoncée à l'article 24 de la police du RARM) et la légalité de sa décision correspondante de soustraire de son revenu mensuel du RARM la somme qu'il reçoit en vertu de la *Loi sur les pensions*. Cette situation rappelle davantage celle dont il était question dans un arrêt de la Cour d'appel fédérale, *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476, que celle dont il s'agissait dans l'arrêt *Grenier*, précité. Dans l'arrêt *Krause*, les appelants avaient déposé un recours extraordinaire pour contraindre la Couronne à porter certaines sommes au crédit de leurs comptes de pension de retraite comme l'exigeaient la *Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-36, et la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, L.R.C. (1985), ch. C-17. La Cour d'appel résumait ainsi la demande de réparation dans l'arrêt *Krause* (au paragraphe 6) :

Le principal chef de plainte est qu'à partir de l'exercice 1993-1994, les ministres responsables ont omis de porter au crédit des comptes de pension de retraite en question l'intégralité des sommes dont ils doivent être crédités au cours de chaque exercice, en application des paragraphes 44(1) de la LPFP et 55(1) de la LPRFC respectivement. Les appelants prétendent qu'au cours de ces exercices, une partie de l'excédent en cours de ces comptes a été irrégulièrement amortie sur plusieurs années sous forme de provision pour redressement au titre des régimes de pension, et qu'il s'agit là d'une mesure continue qui va à l'encontre de l'obligation que les ministres tiennent de ces textes de loi.

[12] It appears from the reasons given in *Krause*, above, that the accounting treatment that was in issue went back to a decision made by the responsible ministers almost 10 years earlier. The Court dismissed the Crown's preliminary objection that the proceeding had been commenced out of time on the following basis (at paragraphs 23-24):

I agree with these submissions. In my view, the time limit imposed by subsection 18.1(2) does not bar the appellants from seeking relief by way of *mandamus*, prohibition and declaration. It is true that at some point in time an internal departmental decision was taken to adopt the 1988 recommendations of the Canadian Institute of Chartered Accountants and to implement those recommendations in each fiscal year thereafter. It is not, however, this general decision that is sought to be reached by the appellants here. It is the acts of the responsible Ministers in implementing that decision that are now claimed to be invalid or unlawful. The duty to act in accordance with subsections 44(1) of the PSSA and 55(1) of the CFSA arose "in each fiscal year." The charge is that by acting as they have in the 1993-1994 and subsequent fiscal years the Ministers have contravened the relevant provisions of the two statutes thereby failing to perform their duties, and that this conduct will continue unless the Court intervenes with a view to vindicating the rule of law. The merit of this contention can only be determined after the judicial review application is heard in the Trial Division.

I am satisfied that the exercise of the jurisdiction under section 18 does not depend on the existence of a "decision or order." In *Alberta Wilderness Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* ((1997), 26 C.E.L.R. (N.S.) 238 (F.C.T.D.), at pp. 241-242; rev'd on other grounds; *Alberta Wilderness Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1999] 1 F.C. 483 (C.A.)), Hugessen J. was of the view that a remedy envisaged by that section "does not require that there be a decision or order actually in existence as a prerequisite to its exercise." In the present case, the existence of the general decision to proceed in accordance with the recommendations of the Canadian Institute of Chartered Accountants does not, in my view, render the subsection 18.1(2) time limit applicable so as to bar the appellants from seeking relief by way of *mandamus*, prohibition and declaration. Otherwise, a person in the position of the appellants would be barred from the possibility of ever obtaining relief under section 18 solely because the alleged invalid or unlawful act stemmed from a decision to take the alleged unlawful step. That decision did not of itself result in a breach of any statutory duties. If such a breach occurred it is because of the actions taken by the responsible Minister in contravention of the relevant statutory provisions. [Endnote omitted.]

[12] Il appert des motifs exposés dans l'arrêt *Krause*, précité, que le traitement comptable qui était en cause remontait à une décision prise presque 10 ans auparavant par les ministres responsables. La Cour d'appel a rejeté de la manière suivante l'objection préliminaire de la Couronne, pour qui la procédure avait été introduite hors délai (aux paragraphes 23 et 24) :

J'accepte ces arguments. À mon avis, le délai prévu au paragraphe 18.1(2) ne fait pas que les appelants soient irrecevables à agir en *mandamus*, en prohibition ou en jugement déclaratoire. Il est vrai qu'à un moment donné, il y a eu décision interne au sein du ministère d'adopter les recommandations de l'Institut canadien des comptables agréés et de les mettre en application au cours des exercices subséquents. Ce n'est cependant pas cette décision générale que vise le recours des appelants, mais les actes accomplis par les ministres responsables pour mettre à exécution cette décision et auxquels les appelants reprochent d'être invalides ou illégaux. L'obligation de se conformer aux paragraphes 44(1) de la LPPF et 55(1) de la LPRFC se faisait jour « au cours de chaque exercice ». Ce que reprochent les appelants aux ministres responsables c'est qu'en faisant ce qu'ils ont fait au cours de l'exercice 1993-1994 et des exercices subséquents, ils ont contrevenu aux dispositions applicables de ces deux lois et n'ont donc pas rempli leurs obligations en la matière, et que ces agissements se poursuivront si la Cour n'intervient pas pour faire respecter l'état de droit. Ce n'est qu'après que la Section de première instance aura entendu le recours en contrôle judiciaire qu'on pourra savoir si cette prétention est fondée ou non.

L'exercice de la compétence prévue à l'article 18 n'est pas subordonné à l'existence d'une « décision ou ordonnance ». Dans *Alberta Wilderness Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)* ((1997), 26 C.E.L.R. (N.S.) 238 (C.F. 1^{re} inst.), aux p. 241 et 242; infirmé par d'autres motifs; *Alberta Wilderness Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1999] 1 C.F. 483 (C.A.)), le juge Hugessen a fait observer que le recours prévu par cette disposition « ne dépend pas de l'existence préalable d'une décision ni d'une ordonnance ». En l'espèce, l'existence d'une décision générale d'adopter les recommandations de l'Institut canadien des comptables agréés ne fait pas courir le délai de prescription du paragraphe 18.1(2) de façon à rendre les appelants irrecevables à agir en *mandamus*, prohibition ou jugement déclaratoire. Autrement, quelqu'un qui serait dans le même cas n'aurait jamais la possibilité de demander justice sous le régime de l'article 18 du seul fait que le supposé acte invalide ou illégal découle d'une décision antérieurement prise en la matière. Cette dernière décision n'est pas elle-même un manquement à quelque obligation légale que ce soit. S'il y a eu manquement, celui-ci tient aux actes accomplis par le ministre responsable en violation du texte de loi applicable. [Note en fin de texte omise.]

[13] The *Krause* decision has been applied in a number of subsequent decisions including *Moresby Explorers Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [2008] 2 F.C.R. 341 (F.C.A.), at paragraph 24; *Morneault v. Canada (Attorney General)*, [2001] 1 F.C. 30 (C.A.), at paragraph 42; and *H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [2006] 1 S.C.R. 441, at paragraph 44.

[14] The one issue that is conclusively resolved by the *Krause* decision is that, even if this is a matter which should be initially resolved by way of an application for judicial review, the 30-day time limit for initiating such an application as required by subsection 18.1(2) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], has no application because Mr. Manuge is not challenging a decision or order of a federal board, commission or tribunal. Were it otherwise, Mr. Manuge and others in his situation would be required to seek leave to challenge the validity of a policy decision apparently made many years before their claims to long-term disability compensation even arose.

[15] The question remains, however, as to whether Mr. Manuge is still required by subsection 18(3) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] of the *Federal Courts Act* to successfully challenge the lawfulness of Section 24(a)(iv) of the SISIP Policy by way of judicial review before commencing an action for damages against the Crown under section 17 [as am. *idem*, s. 3; 2002, c. 8, s. 24] of the *Federal Courts Act*. He is, after all, seeking declaratory relief against the Crown claiming, *inter alia*, that the contractual offset is unlawful, *ultra vires*, discriminatory and in breach of public and fiduciary duties. Mr. Manuge does not assert a cause of action against the Crown framed either in contract or in tort. Therefore, the fact that *Grenier* may not apply to actions against the Crown based in contract or tort (see *Genge v. Canada (Attorney General)* (2007), 270 Nfld. & P.E.I.R. 182 (Nfld. C.A.)) does not answer the problem presented here where the claim seeks only declaratory relief and damages and, on its face, is caught by subsection 18(3) of the *Federal Courts Act*.

[13] *Krause* a été appliqué dans plusieurs arrêts ultérieurs, dont *Moresby Explorers Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [2008] 2 R.C.F. 341 (C.A.F.), au paragraphe 24; *Morneault c. Canada (Procureur général)*, [2001] 1 C.F. 30 (C.A.), au paragraphe 42; et *H.J. Heinz Co. du Canada ltée c. Canada (Procureur général)*, [2006] 1 R.C.S. 441, au paragraphe 44.

[14] L'unique point définitivement réglé par l'arrêt *Krause* est que, même si la présente affaire devrait d'abord être jugée par demande de contrôle judiciaire, le délai de 30 jours fixé pour le dépôt d'une telle demande, selon ce que prévoit le paragraphe 18.1(2) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], n'est pas applicable parce que M. Manuge ne conteste pas une décision ou ordonnance d'un office fédéral. En cas contraire, M. Manuge et les autres dans la même situation que lui seraient tenus d'obtenir l'autorisation de contester la validité d'une décision de principe prise, semble-t-il, de nombreuses années avant la naissance même de leurs prétentions à des prestations d'invalidité de longue durée.

[15] Il subsiste cependant la question de savoir si M. Manuge est encore tenu, selon le paragraphe 18(3) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] de la *Loi sur les Cours fédérales*, de faire reconnaître l'illégalité de l'alinéa 24a)(iv) de la police du RARM par voie de contrôle judiciaire avant d'engager une action en dommages-intérêts contre la Couronne en vertu de l'article 17 [mod., *idem*, art. 3; 2002, ch. 8, art. 24] de la *Loi sur les Cours fédérales*. Il sollicite après tout un jugement déclaratoire contre la Couronne en alléguant notamment que la neutralisation contractuelle de sa prestation d'ACC est illégale, invalide, discriminatoire et contraire aux obligations publiques et fiduciaires de la Couronne. M. Manuge n'allègue pas contre la Couronne une cause d'action fondée sur un contrat ou sur un délit. Par conséquent, le fait que l'arrêt *Grenier* ne s'applique peut-être pas aux actions contre la Couronne fondées sur un contrat ou sur un délit (voir l'arrêt *Genge v. Canada (Attorney General)* (2007), 270 Nfld. & P.E.I.R. 182 (C.A.T.-N.)) ne règle pas le problème posé ici, où le recours ne porte que sur un jugement déclaratoire et

[16] Mr. Manuge argues that the holding in *Grenier*, above, should be restricted to cases where the matter being challenged is a discrete administrative decision and that *Grenier* does not apply to a challenge to the lawfulness of government policy or to related government conduct.

[17] There is no question that much of what was of concern to the Court in *Grenier* and in its earlier decisions in *Canada v. Tremblay*, [2004] 4 F.C.R. 165 (F.C.A.) and in *Budisukma Puncak Sendirian Berhad v. Canada* (2005), 338 N.R. 75 (F.C.A.), had to do with the desire for finality around administrative decisions and to ensure that appropriate deference was accorded to the decision maker (see, for example, paragraphs 27 to 30 in *Grenier*). The Court was also rightfully concerned about a process which would allow a party to collaterally attack a decision well beyond the 30-day time limit for bringing an application for judicial review. All of these are concerns that carry much less significance in a case where the challenge is limited to the lawfulness of a government policy and where the application of that policy has on-going implications for the party affected. It is also perhaps noteworthy that in *Grenier*, *Tremblay* and *Berhad*, the Court's discussion of these policy considerations invariably referred to the lawfulness of the underlying decisions and no explicit reference was made to challenges to government policy, legislation, or conduct. In *Tremblay*, the Court also noted [at paragraph 29] "the fine line that exists between a judicial review and a court action" where extraordinary remedies are sought.

[18] I also accept that on each and every occasion that Mr. Manuge and the other proposed class members are subject to the offset of VAC benefits from their SISIP income, they have a fresh claim to relief and a corresponding right to judicially attack the lawfulness of the policy giving rise to the reduction in benefits. This situation is very different from the kind of decision under

des dommages-intérêts et relève, à première vue, du paragraphe 18(3) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[16] M. Manuge fait valoir que le *ratio decidendi* de l'arrêt *Grenier*, précité, devrait se limiter aux cas où l'on conteste une décision administrative, et que ce précédent ne s'applique pas à la contestation de la légalité d'une politique gouvernementale ou d'un acte de l'administration.

[17] Il ne fait aucun doute que la Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *Grenier* et ses arrêts antérieurs, *Canada c. Tremblay*, [2004] 4 R.C.F. 165 (C.A.F.) et *Budisukma Puncak Sendirian Berhad c. Canada*, 2005 CAF 267, voulait surtout garantir le caractère définitif des décisions administratives et faire en sorte que ces décisions commandent la retenue judiciaire appropriée (voir par exemple les paragraphes 27 à 30 de l'arrêt *Grenier*). Elle était aussi, à juste titre, préoccupée par une procédure où l'une des parties serait à même d'attaquer indirectement une décision, bien au-delà du délai de 30 jours prévu pour le dépôt d'une demande de contrôle judiciaire. Ce sont là des considérations qui revêtent une bien moindre importance dans un cas où la contestation se limite à la légalité d'une politique gouvernementale et où l'application de cette politique a des répercussions durables sur la partie concernée. Il convient peut-être aussi de noter que, dans les arrêts *Grenier*, *Tremblay* et *Berhad*, les propos de la Cour d'appel fédérale sur ces considérations portaient invariablement sur la légalité des décisions administratives sous-jacentes, sans qu'il soit nullement question de la contestation d'une politique, d'un texte législatif ou d'un acte des pouvoirs publics. Dans l'arrêt *Tremblay*, la Cour d'appel fédérale a aussi noté [au paragraphe 29] « le tracé subtil de la ligne de démarcation qui existe entre le contrôle judiciaire et l'action en justice » lorsqu'est exercé un recours extraordinaire.

[18] J'admets aussi que, chaque fois que les prestations d'ACC de M. Manuge et des autres membres du groupe proposé sont déduites de leur revenu du RARM, lui et les autres membres du groupe disposent d'un nouveau recours et du droit correspondant de contester en justice la légalité de la politique donnant lieu à la diminution de leurs prestations. Cette situation

review in *Grenier*, which was discrete in a temporal sense and where a later legal action could be seen as a true collateral attack by which the limited time to initiate an application for judicial review could be avoided.

[19] Notwithstanding these observations, I am unable to conclude that in *Grenier* the Court intended to confine the requirement for judicial review to cases involving challenges to administrative decisions. The ultimate focus of the Court in *Grenier* was to the mandatory language of subsection 18(3) of the *Federal Courts Act* (see *Grenier*, at paragraphs 25 and 33) subject, of course, to the discretion available under subsection 18.4(2) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] for conversion of an application for judicial review into an action. It is, therefore, with respect to that conversion discretion that I now turn my attention.

[20] If this is an appropriate case for conversion to an action then nothing useful would be served by requiring Mr. Manuge to go through the process of starting again. What he began as an action should simply be allowed to continue as an action.

[21] I am of the view that the strictness of the *ratio* in *Grenier* can be mitigated in appropriate cases by the authority to convert an application for judicial review into an action. In a case like this one where the policy concerns about collateral attacks, finality and deference do not obviously apply, the rationale for requiring judicial review as a prerequisite to an action for damages is mostly, if not completely, absent. What one is essentially left with is a consideration of the practical benefits and efficiencies (or the corresponding disadvantages and inefficiencies) of allowing one type of proceeding over another.

[22] In addition, even if this type of claim to prerogative relief should be initiated as an application, the Court must consider the plaintiff's desire to convert

est très différente du genre de décision qui était contestée dans l'arrêt *Grenier*. Ce précédent concernait une décision qui était figée dans le temps et contre laquelle une action ultérieure en justice pouvait être perçue comme une véritable contestation incidente permettant d'éviter le court délai fixé pour le dépôt d'une demande de contrôle judiciaire.

[19] Nonobstant ces observations, il m'est impossible de dire que, dans l'arrêt *Grenier*, la Cour d'appel fédérale entendait limiter la nécessité préalable d'une procédure de contrôle judiciaire aux cas portant sur la contestation d'une décision administrative. La Cour d'appel s'est attardée en dernière analyse sur le libellé impératif du paragraphe 18(3) de la *Loi sur les Cours fédérales* (voir l'arrêt *Grenier*, aux paragraphes 25 et 33), sans préjudice naturellement du pouvoir discrétionnaire, conféré par le paragraphe 18.4(2) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27], de convertir une demande de contrôle judiciaire en action. C'est donc ce pouvoir discrétionnaire de conversion que je vais maintenant examiner.

[20] S'il est indiqué de convertir la présente instance en action, alors il serait futile d'obliger M. Manuge à reprendre la procédure depuis le début. Ce qu'il a commencé en tant qu'action doit simplement pouvoir suivre son cours en tant qu'action.

[21] Je suis d'avis que la rigueur du *ratio decidendi* de l'arrêt *Grenier* peut être atténuée, dans les cas qui s'y prêtent, par le pouvoir de convertir en action une demande de contrôle judiciaire. Dans un cas comme celui-ci, où les préoccupations de politique générale relatives aux contestations incidentes, au caractère définitif des décisions administratives et à la retenue qu'elles commandent n'interviennent pas naturellement, la raison d'exiger un contrôle judiciaire préalablement à une action en dommages-intérêts est largement, sinon totalement, absente. Ce qu'il nous reste essentiellement à faire, c'est de passer en revue les avantages et intérêts pratiques (ou les inconvénients et défauts) qu'offre un genre de procédure par rapport à l'autre.

[22] En outre, même si c'est par demande de contrôle judiciaire que devrait être exercé ce genre de recours extraordinaire, la Cour doit tenir compte de la volonté

the application into a class action. Indeed, on a motion to convert an application into an action in support of an intention to certify the proceeding as a class action, the Court in *Tihomirovs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 2 F.C.R. 531 (F.C.A.), held that the relevant considerations to a conversion motion included those which applied to a motion to certify under rule 334.16 of the *Federal Courts Rules*. This point is made in the following passages from the decision of Justice Marshall Rothstein (at paragraphs 16-21):

Where the reason advanced to support an application for conversion is an intention to certify a class action and an applicant is unable to satisfy the court that a class action should be certified, it would follow that justification for conversion has not been made out. If a certification application would fail, the conversion application should also fail.

Technically, of course, conversion must precede certification because a judicial review cannot be certified for class proceedings. In other words, the judicial review must first be converted to an action before certification can be granted. Therefore, it may be suggested that having to satisfy the criteria for certification before a conversion order is made is to put the cart before the horse.

The practical answer is that both conversion and certification applications should be heard and considered together. If the evidence satisfies the certification tests, conversion should be ordered followed immediately by a certification order. Only if a party can demonstrate that the simultaneous consideration of conversion and certification would be prejudicial should conversion be dealt with in advance of certification. However, in such case, I would think the considerations applicable to certification would still be applicable to conversion unless it could be shown otherwise.

To answer the Minister's concern that conversion for the purpose of certifying a class action defeats the purpose of judicial review, the question of the preferable procedure is a matter to be taken into account in the conversion/certification proceeding. The Court will look at the questions of practicality and efficiency and which procedure will provide the least difficulty for resolving the matter. For example, a multiplicity of judicial review proceedings, which a class action might avoid, might also be avoided if the parties agree to treat one judicial review as a test case for other judicial reviews dealing with the same issue. These and other considerations should

du demandeur de convertir la demande en recours collectif. D'ailleurs, saisie d'une requête en conversion d'une demande en action, en vue de faire autoriser la procédure comme recours collectif, la Cour a jugé, dans la décision *Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 2 R.C.F. 531 (C.A.F.), que les facteurs à retenir dans une requête de ce genre comprenaient ceux qui s'appliquaient à une requête en autorisation au titre de la règle 334.16 des *Règles des Cours fédérales*. Ce point ressort des extraits suivants du jugement du juge Marshall Rothstein (aux paragraphes 16 à 21) :

Si le motif invoqué au soutien d'une demande de conversion est l'intention de faire autoriser un recours collectif et si le demandeur ne peut convaincre le tribunal qu'un recours collectif devrait être autorisé, la demande de conversion n'est pas alors justifiée. Si la demande d'autorisation du recours collectif est rejetée, la demande de conversion devrait alors être rejetée également.

Bien entendu, sur le plan technique, la conversion doit précéder l'autorisation parce qu'un contrôle judiciaire ne peut être autorisé[e] à procéder comme un recours collectif. Autrement dit, la conversion doit être effectuée avant que l'autorisation de recours collectif ne soit accordée. Par conséquent, on peut prétendre que l'obligation de satisfaire aux critères d'autorisation de procéder par voie de recours collectif ne saurait précéder l'ordonnance visant la conversion, car cela serait mettre la charrue avant les bœufs.

Concrètement, il faut répondre que les deux demandes, celle visant la conversion et celle visant l'autorisation, devraient être entendues et étudiées de concert. Si la preuve produite satisfait aux critères relatifs à l'autorisation, la conversion devrait être ordonnée et suivie immédiatement d'une ordonnance autorisant le recours collectif. La demande de conversion ne devrait être tranchée avant la demande d'autorisation que si l'une des parties peut prouver que l'examen simultané des deux demandes serait préjudiciable. Toutefois, dans de telles circonstances, je crois que les facteurs applicables à l'autorisation demeureraient applicables à la conversion sous réserve d'une preuve contraire.

En réponse à la prétention du ministre selon laquelle la conversion effectuée aux fins de l'autorisation d'un recours collectif contrevient à l'objet du contrôle judiciaire, la procédure souhaitable est l'un des facteurs à prendre en considération dans le cadre de la procédure de conversion et d'autorisation. Le tribunal examinera les problèmes liés à la facilité et à l'efficacité des procédures, et choisira celle qui offrira le moins de difficultés pour régler les questions en litige. Par exemple, une pluralité de contrôles judiciaires que permettrait d'éviter un recours collectif pourrait également être évitée si les parties convenaient de considérer un seul contrôle

allow the Court to determine whether to grant conversion and certification.

I would observe that, in immigration matters, leave must be obtained before judicial review may proceed. Therefore, in immigration matters, when a judicial review application gives rise to conversion/certification applications, the question of whether there is a reasonable cause of action has been determined and should not be an issue on the conversion/certification applications. In the case of non-immigration judicial reviews, the reasonableness of the cause of action will be argued by the parties. If it is demonstrated that there is no reasonable cause of action, the conversion/certification application will be dismissed. The judicial review may proceed but the applicant will know that the prospects of success are dim.

For these reasons, I am of the view that where the intention of conversion is to certify an action as a class action, the conditions in rule 299.18 [now rule 334.16] will normally be as relevant to the conversion application as they are to the application for certification. Of course, as there are no limits on the matters the Court may consider relevant in a conversion application, I do not rule out other matters being taken into account by the Court. However, the focus will normally be on the conditions for certification in rule 299.18.

I note that the Court's concern about the inability at that time to certify an application for judicial review as a class proceeding is no longer applicable. In the result, this proceeding could still be certified as a class proceeding even if it goes forward as an application for judicial review.

[23] Rule 334.16 of the *Federal Courts Rules* sets out the general and specific considerations that apply to a motion to certify. The rule states:

334.16 (1) Subject to subsection (3), a judge shall, by order, certify a proceeding as a class proceeding if

- (a) the pleadings disclose a reasonable cause of action;
- (b) there is an identifiable class of two or more persons;

judiciaire comme une cause type pour les autres contrôles judiciaires qui portent sur la même question. Ces facteurs, parmi d'autres, devraient permettre au tribunal de décider s'il convient d'autoriser la conversion et l'autorisation du recours collectif.

Je ferais observer que, en matière d'immigration, il faut obtenir l'autorisation du tribunal avant de procéder par voie de contrôle judiciaire. Par conséquent, en cette matière, la demande de contrôle judiciaire qui donne lieu à des demandes de conversion et d'autorisation se fonde sur une décision quant à l'existence d'une cause d'action raisonnable, et l'existence d'une telle cause d'action ne devrait pas être en litige dans les demandes de conversion et d'autorisation. Dans le cas des contrôles judiciaires qui ne portent pas sur l'immigration, les parties plaideront le caractère raisonnable de la cause d'action. Les demandes de conversion et d'autorisation seront rejetées si l'absence de cause d'action raisonnable est démontrée. Le contrôle judiciaire pourra procéder, mais le demandeur saura alors que ses chances d'avoir gain de cause sont minces.

Pour ces motifs, je suis d'avis que lorsque la conversion vise l'autorisation d'une action comme recours collectif, les facteurs énumérés à l'article 299.18 seront normalement tout aussi pertinents pour la demande de conversion que pour celle de l'autorisation de l'action comme recours collectif. Bien entendu, étant donné qu'il n'y a pas de limite aux facteurs que les tribunaux peuvent considérer comme pertinents dans une demande de conversion, je n'exclus pas la possibilité que le tribunal tienne compte d'autres facteurs. Toutefois, le tribunal devrait normalement se concentrer sur les conditions énumérées à l'article 299.18.

La Cour déplorait l'impossibilité pour elle à l'époque d'autoriser une demande de contrôle judiciaire comme recours collectif, mais j'observe que cette inquiétude n'est plus de mise. Finalement, la présente procédure pourrait encore être autorisée comme recours collectif même si elle suit son cours en tant que demande de contrôle judiciaire.

[23] La règle 334.16 des *Règles des Cours fédérales* expose les considérations générales et particulières qui s'appliquent à une requête en autorisation. Cette disposition est la suivante :

334.16 (1) Sous réserve du paragraphe (3), le juge autorise une instance comme recours collectif si les conditions suivantes sont réunies :

- a) les actes de procédure révèlent une cause d'action valable;
- b) il existe un groupe identifiable formé d'au moins deux personnes;

(c) the claims of the class members raise common questions of law or fact, whether or not those common questions predominate over questions affecting only individual members;

(d) a class proceeding is the preferable procedure for the just and efficient resolution of the common questions of law or fact; and

(e) there is a representative plaintiff or applicant who

(i) would fairly and adequately represent the interests of the class,

(ii) has prepared a plan for the proceeding that sets out a workable method of advancing the proceeding on behalf of the class and of notifying class members as to how the proceeding is progressing,

(iii) does not have, on the common questions of law or fact, an interest that is in conflict with the interests of other class members, and

(iv) provides a summary of any agreements respecting fees and disbursements between the representative plaintiff or applicant and the solicitor of record.

(2) All relevant matters shall be considered in a determination of whether a class proceeding is the preferable procedure for the just and efficient resolution of the common questions of law or fact, including whether

(a) the questions of law or fact common to the class members predominate over any questions affecting only individual members;

(b) a significant number of the members of the class have a valid interest in individually controlling the prosecution of separate proceedings;

(c) the class proceeding would involve claims that are or have been the subject of any other proceeding;

(d) other means of resolving the claims are less practical or less efficient; and

(e) the administration of the class proceeding would create greater difficulties than those likely to be experienced if relief were sought by other means.

[24] This Court's class proceedings rules are modelled on the British Columbia rules and are similar to the Ontario rules; in the result, decisions from those jurisdictions can be looked to for guidance in considering a motion to certify: see *Tihomirovs v.*

c) les réclamations des membres du groupe soulèvent des points de droit ou de fait communs, que ceux-ci prédominent ou non sur ceux qui ne concernent qu'un membre;

d) le recours collectif est le meilleur moyen de régler, de façon juste et efficace, les points de droit ou de fait communs;

e) il existe un représentant demandeur qui :

(i) représenterait de façon équitable et adéquate les intérêts du groupe,

(ii) a élaboré un plan qui propose une méthode efficace pour poursuivre l'instance au nom du groupe et tenir les membres du groupe informés de son déroulement,

(iii) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe en ce qui concerne les points de droit ou de fait communs,

(iv) communique un sommaire des conventions relatives aux honoraires et débours qui sont intervenues entre lui et l'avocat inscrit au dossier.

(2) Pour décider si le recours collectif est le meilleur moyen de régler les points de droit ou de fait communs de façon juste et efficace, tous les facteurs pertinents sont pris en compte, notamment les suivants :

a) la prédominance des points de droit ou de fait communs sur ceux qui ne concernent que certains membres;

b) la proportion de membres du groupe qui ont un intérêt légitime à poursuivre des instances séparées;

c) le fait que le recours collectif porte ou non sur des réclamations qui ont fait ou qui font l'objet d'autres instances;

d) l'aspect pratique ou l'efficacité moindres des autres moyens de régler les réclamations;

e) les difficultés accrues engendrées par la gestion du recours collectif par rapport à celles associées à la gestion d'autres mesures de redressement.

[24] Les règles de la Cour en matière de recours collectifs s'inspirent des règles en vigueur en Colombie-Britannique et elles sont semblables aux règles en vigueur en Ontario; finalement, il est possible de se reporter à la jurisprudence de ces provinces dans

Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2006] 4 F.C.R. 341 (F.C.), at paragraph 45. As Justice Frederick Gibson observed in *Rasolzadeh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 2 F.C.R. 386 (F.C.), at paragraph 23 the mandatory language of our rule [*Federal Courts Rules*, r. 334.16] (shall... certify) excludes an overriding discretion to refuse to certify a class proceeding if the prescribed factors for certification are met.

[25] The Crown does not dispute that the proposed class action raises questions of law common to all prospective class members or that the proposed class is identifiable. The Crown also accepts that Mr. Manuge is an appropriate representative plaintiff. Mr. Manuge has also fulfilled the requirement under rule 334.16 for presenting a workable litigation plan. The Crown opposes the certification motion principally on the basis that the common issues can be more efficiently managed and resolved within the context of a single application for judicial review which would then bind the Crown with respect to the other affected members. It also contends that there would be no judicial economy realized from a class proceeding in any form. Instead, it says that a class proceeding would only serve to complicate and delay the resolution of a matter that is ideally suited to summary resolution by way of an individual application. The Crown also takes issue with several of the claims asserted in the statement of claim and argues that they fail to disclose a reasonable cause of action which can be the subject of questions for certification.

[26] The question of commonality of issues has been described as lying at the heart of a class proceeding: see *Campbell v. Flexwatt Corp.*, [1998] 6 W.W.R. 275 (B.C.C.A.), at paragraph 52. There is no question that the preponderance of issues as framed in Mr. Manuge's statement of claim would be common to all members of the proposed class. I think it is fair to say that all of the liability issues raised in this case are common issues and that if Mr. Manuge succeeds on any one of them, the individual claims of class members to restitution would be amenable to a rather simple calculation.

l'examen d'une requête en autorisation : voir *Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 4 R.C.F. 341 (C.F.), au paragraphe 45. Comme le faisait observer le juge Frederick Gibson dans la décision *Rasolzadeh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 2 R.C.F. 386, au paragraphe 23, le libellé impératif de notre règle [*Règles des Cours fédérales*, règle 334.16] (« shall... certify », en français « autorise ») exclut un pouvoir discrétionnaire absolu de refuser d'autoriser un recours collectif si les conditions de l'autorisation sont remplies.

[25] La Couronne ne conteste pas que le recours collectif projeté soulève des questions de droit communes à tous les membres prévus du groupe ou que le groupe projeté soit identifiable. Elle admet aussi que M. Manuge est un représentant demandeur légitime. M. Manuge s'est aussi conformé à l'obligation, énoncée dans la règle 334.16, de présenter un plan efficace de conduite de l'instance. La Couronne s'oppose à la requête en autorisation en alléguant principalement que les questions communes pourraient être plus efficacement gérées et résolues dans le contexte d'une simple demande de contrôle judiciaire, qui lierait ensuite la Couronne envers les autres membres concernés. Elle prétend aussi qu'un recours collectif sous quelque forme que ce soit ne favoriserait pas l'économie des ressources judiciaires. Elle dit plutôt qu'un recours collectif ne servirait qu'à compliquer et à retarder la résolution d'une affaire qui se prête parfaitement à une résolution sommaire par voie de demande individuelle. La Couronne conteste également plusieurs des alinéas de la déclaration en disant qu'ils ne révèlent pas une cause d'action valable qui puisse déboucher sur des questions susceptibles d'être certifiées.

[26] L'existence de questions communes est considérée comme l'aspect crucial d'un recours collectif : voir *Campbell v. Flexwatt Corp.*, [1998] 6 W.W.R. 275 (C.A.C.-B.), au paragraphe 52. Il ne fait aucun doute que les questions formulées dans la déclaration de M. Manuge seraient des questions communes à tous les membres du groupe proposé. Je crois qu'il est juste de dire que toutes les questions de responsabilité soulevées dans la présente affaire sont des questions communes et que, si M. Manuge obtient gain de cause sur l'une d'elles, alors les demandes de

[27] There is no indication in the evidence that a significant or any number of members of the proposed class have a valid interest in prosecuting individual claims. So far no one other than Mr. Manuge has initiated a claim. The amounts in issue in most cases appear to be quite modest and well below the financial threshold for prosecuting individual claims. In the case of Mr. Manuge, the amount in issue is said to be \$9,411.86 which he says is insufficient to justify the prosecution of his individual claim. The affidavit of Jodie Archibald, an employee of the law firm representing Mr. Manuge, indicates that all of the approximately 150 former and interested Canadian Forces members contacted to date have indicated support for the proposed class action.

[28] The issue of access to justice is an important consideration in determining whether a proceeding ought to be certified. Where it is not economical for any one person to prosecute a claim and where the Crown has not indicated a willingness to indemnify Mr. Manuge or anyone else for the costs required to prosecute a binding test case, the argument for a class proceeding is enhanced: see *Bodnar v. The Cash Store Inc.*, [2006] 9 W.W.R. 41 (B.C.C.A.), at paragraphs 19 and 20; *Robertson v. Thomson Corp.* (1999), 43 O.R. (3d) 161 (Gen. Div.), at paragraph 35, and *Howard Estate v. British Columbia* (1999), 66 B.C.L.R. (3d) 199 (S.C.), at paragraph 43.

[29] Here, the Crown argues that it will be bound by any declaration of invalidity that is given at the conclusion of Mr. Manuge's case but that, of course, imposes upon Mr. Manuge the entire financial burden of prosecuting his claim for the potential benefit of all of the other members of the proposed class. Within the context of this proposed class proceeding, the cost consequences will be borne by legal counsel under a contingency fee arrangement and, if the claim succeeds, spread evenly among the class beneficiaries.

[30] Even assuming that Mr. Manuge was able and willing to carry all of the financial risk of the proceeding

restitution faites par les membres du groupe se prêteraient à un calcul assez simple.

[27] La preuve ne montre pas que le groupe proposé compte des membres qui aient véritablement intérêt à déposer des recours individuels. Jusqu'à présent, M. Manuge est le seul à avoir déposé un recours. Les sommes en cause dans la plupart des cas paraissent assez modestes et bien en deçà du seuil admis pour le dépôt de recours individuels. S'agissant de M. Manuge, la somme en cause serait de 9 411,86 \$, et il ne vaut donc pas la peine, d'après lui, de pousser plus loin son recours. Selon l'affidavit de Jodie Archibald, une employée du cabinet d'avocats représentant M. Manuge, la totalité des quelque 150 anciens membres intéressés des Forces canadiennes avec qui le cabinet a pris contact jusqu'à maintenant se sont dits en faveur du recours collectif proposé.

[28] La question de l'accès à la justice est un élément important à prendre en compte pour savoir si une instance devrait être autorisée. Lorsqu'il n'est pas économique pour un seul justiciable de déposer un recours et que la Couronne n'a pas montré sa volonté d'indemniser M. Manuge ou quiconque des frais à engager pour soumettre aux tribunaux une cause type qui aura force obligatoire, alors l'idée d'un recours collectif a d'autant plus de force : voir *Bodnar v. The Cash Store Inc.*, [2006] 9 W.W.R. 41 (C.A.C.-B.), aux paragraphes 19 et 20; *Robertson v. Thomson Corp.* (1999), 43 O.R. (3d) 161 (Div. gén.), au paragraphe 35 et *Howard Estate v. British Columbia* (1999), 66 B.C.L.R. (3d) 199 (C.S.), au paragraphe 43.

[29] Ici, la Couronne fait valoir qu'elle sera liée par toute déclaration d'invalidité qui sera prononcée à l'issue de la procédure introduite par M. Manuge, mais cela fait naturellement reposer sur M. Manuge l'intégralité du fardeau financier afférent à son recours, au bénéfice éventuel de tous les autres membres du groupe projeté. Dans le recours collectif projeté dont il s'agit ici, les frais seront supportés, en cas d'échec, par les avocats en application d'un accord d'honoraires conditionnels et, si le recours est admis, ils seront répartis également parmi les membres du groupe.

[30] Même si l'on présumait que M. Manuge est apte et disposé à supporter la totalité des coûts de la

including the risk of paying costs to the Crown, there is no guarantee that the Crown would abide by a declaration issued in his favour and, indeed, where the public interest is engaged, the doctrines of abuse of process and *res judicata* may not be applicable in subsequent litigation involving the Crown (see *Withler v. Canada (Attorney General)*, [2002] 9 W.W.R. 477 (B.C.S.C.)). In *Scott v. TD Waterhouse Investor Services (Canada) Inc.* (2001), 94 B.C.L.R. (3d) 320 (S.C.), Justice Donna Jean Martinson observed that the accrual of the benefit of a favourable class judgment or settlement upon the entire class, without the need to resort to principles of estoppel, was a practical advantage of a class proceeding. Here we also do not know how and when the Crown might choose to make a distribution of money to other interested Canadian Forces veterans in the event that Mr. Manuge is successful. These are matters which were of concern to the Court in *Lee Valley Tools Ltd. v. Canada Post Corp.*, [2007] O.J. No. 4942 (Sup. Ct. J.) (QL) and where the similar arguments of Canada Post were rejected for the following reasons (at paragraphs 46-47):

Canada Post submits that the determination on the central issue whether Canada Post is in violation of the Act would be binding whether or not the action is certified and there is therefore no benefit to class members that would justify the additional costs and judicial resources associated with the class action process. It undertakes that if certification is denied, it will be bound by a final judicial determination of the central issue in relation to all Canada Post customers who would have met the proposed class definition. This submission assumes that there is a credible basis for believing that there will be an individual action, but the evidence of Mr. Lee is to the contrary and I accept it. There is no evidence that any other individual is prepared to litigate, notwithstanding that Lee Valley launched a website that chronicles its concerns and has taken out three full-page advertisements in the Ottawa Citizen newspaper in January 2006 to publicize its complaints about Canada Post's practices.

Even if an individual action determined the core liability issue against Canada Post, the assessment of damages of individual class members would remain. Canada Post has not explained how these claims would be adjudicated. Moreover, it is not credible to presuppose that all class members will advance a claim. I do not see how this contributes to the policy

procédure, y compris le risque de devoir payer les dépens à la Couronne, il n'est pas garanti que la Couronne se conformerait à un jugement déclaratoire rendu en faveur de M. Manuge et, d'ailleurs, si l'intérêt public est en jeu, le principe de l'abus de procédure et celui de l'autorité de la chose jugée pourraient devoir être écartés dans des litiges ultérieurs faisant intervenir la Couronne (voir *Withler v. Canada (Attorney General)*, [2002] 9 W.W.R. 477 (C.S.C.-B.)). Dans la décision *Scott v. TD Waterhouse Investor Services (Canada) Inc.* (2001), 94 B.C.L.R. (3d) 320 (C.S.C.-B.), la juge Donna Jean Martinson faisait observer que l'un des avantages pratiques d'un recours collectif était que le bénéfice d'un jugement ou arrangement collectif favorable retombait sur le groupe tout entier, sans qu'il soit nécessaire d'invoquer le principe de la préclusion. Ici, nous ne savons pas non plus de quelle manière et à quel moment la Couronne décidera d'indemniser les autres anciens combattants intéressés des Forces canadiennes pour le cas où M. Manuge obtiendrait gain de cause. Ce sont là des aspects qu'a considérés la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans la décision *Lee Valley Tools Ltd. v. Canada Post Corp.*, [2007] O.J. n° 4942 (C.S.J.), où des arguments semblables de Postes Canada ont été rejetés, pour les motifs suivants (aux paragraphes 46 et 47) :

[TRADUCTION] Postes Canada dit que la décision relative au point capital de savoir si Postes Canada a contrevenu à la Loi serait contraignante, que l'action soit ou non autorisée, et il n'y a donc, pour les membres du groupe, aucun avantage pouvant justifier les coûts additionnels et les ressources judiciaires afférents au recours collectif. Postes Canada promet que, si l'autorisation du recours collectif est refusée, elle se considérera liée par une décision judiciaire définitive portant sur le point capital, et cela pour tous les clients de Postes Canada qui auraient répondu à la définition du groupe projeté. Cet argument suppose qu'il existe des raisons de croire qu'il y aura une action individuelle, mais le témoignage de M. Lee va dans le sens contraire, et je l'accepte. Il n'est pas établi qu'une autre personne est disposée à déposer un recours, bien que Lee Valley ait lancé un site Web faisant la chronique de ses préoccupations et ait occupé trois pleines pages d'annonces publicitaires dans le journal *Ottawa Citizen*, en janvier 2006, pour exprimer ses doléances à propos des pratiques de Postes Canada.

Même si une action individuelle conduisait à la responsabilité de Postes Canada, il resterait à évaluer le préjudice de chacun des membres du groupe. Postes Canada n'a pas expliqué comment ces réclamations seront évaluées. Par ailleurs, il est difficile de croire que tous les membres du groupe présenteront une réclamation. Je ne vois pas comment

objective of access to justice. This submission also overlooks that while an individual action that resulted in a determination that the practices of Canada Post are illegal could result in behaviour modification, an individual action would not require Canada Post to account on a global basis for the alleged harm it has caused. A class action is a more efficient and judicious means of achieving behaviour modification and redress for widespread harm.

[31] On this issue, I agree with counsel for Mr. Manuge that issues of enforcement are better addressed and supervised within the context of a class proceeding than by relying solely on the assurances of a party which, at the end of the day, could have a significant financial interest in limiting its obligations.

[32] The ability of the Court to actively manage a class proceeding is also one of the means by which the Crown's concerns about efficiency can be addressed. This is a case where a right of discovery and oral testimony will undoubtedly be necessary to fully explore some of the issues advanced by Mr. Manuge. However, at the end of the day some of the liability issues he raises may be amenable to a form of summary disposition. Effective trial management is the means by which judicial economy and efficiency can be maintained in a class proceeding. This point was made by Justice Peter Cumming in *Campbell v. Flexwatt Corp.*, above, at paragraph 25:

I preface my discussion of the issues with a note of caution. Appellate courts are always slow to interfere with discretion properly exercised. This course should be particularly so in considering the terms of a certification order. The Legislature enacted the *Class Proceedings Act* on 1 August 1995 to make available in this province a procedure for the fair resolution of meritorious claims that are uneconomical to pursue in an individual proceeding, or, if pursued individually, have the potential to overwhelm the courts' resources. Class proceedings are an efficient response to market demand only if they can resolve disputes fairly. Trial court judges must be free to make the new procedure work for plaintiffs and defendants. Many of the arguments made by counsel for the appellants, focused on fairness to the defendants and third parties, can be made to the chambers judge charged with managing the action as it proceeds. In considering those arguments, I will be keeping in

cela peut contribuer à l'objectif de favoriser l'accès à la justice. Par cet argument, Postes Canada oublie aussi que, même si une action individuelle conduisant à la conclusion selon laquelle les pratiques de Postes Canada sont illégales pouvait entraîner une modification de son comportement, une action individuelle n'obligerait pas Postes Canada à rendre compte globalement du prétendu préjudice causé par elle. Un recours collectif est un moyen plus efficace et plus judicieux d'obtenir une modification des comportements et de corriger un préjudice subi par un grand nombre.

[31] Sur ce point, je reconnais avec l'avocat de M. Manuge que l'on sera mieux à même d'examiner et de surveiller les modalités d'exécution dans le contexte d'un recours collectif qu'en se fondant exclusivement sur les assurances d'une partie qui, en définitive, pourrait avoir tout intérêt à limiter ses obligations.

[32] L'aptitude de la Cour à gérer activement un recours collectif est aussi l'un des moyens qui permettent de répondre aux préoccupations de la Couronne concernant l'efficacité des ressources judiciaires. Il s'agit ici d'un cas où la conduite d'un interrogatoire préalable et la production de témoignages seront sans aucun doute nécessaires pour un examen en règle de certains des points avancés par M. Manuge. Cependant, en dernière analyse, certaines des questions de responsabilité qu'il soulève pourraient se prêter à une forme de décision sommaire. Une gestion efficace du procès est le moyen par lequel peuvent être préservées dans un recours collectif l'économie des ressources judiciaires et l'efficacité du système de justice. Ce point a été souligné par le juge Peter Cumming dans l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique *Campbell v. Flexwatt Corp.*, précité, au paragraphe 25 :

[TRADUCTION] Je commencerai mon examen des questions par une mise en garde. Les juridictions d'appel hésitent toujours à intervenir lorsqu'un pouvoir discrétionnaire a été valablement exercé. Il devrait en être ainsi en particulier lorsqu'elles examinent les modalités d'une ordonnance d'autorisation. Le législateur provincial a adopté le 1^{er} août 1995 la *Class Proceedings Act* pour établir dans cette province une procédure permettant la juste résolution des recours légitimes qu'il n'est pas économique de faire valoir dans une procédure individuelle ou qui, s'ils sont déposés à titre individuel, risquent de peser lourdement sur les ressources du système judiciaire. Les recours collectifs ne sont une bonne réponse aux besoins des justiciables que s'ils sont aptes à résoudre équitablement les différends. Les juges de première instance doivent avoir les coudées franches pour faire en sorte que la nouvelle procédure favorise les demandeurs et les

mind the ability of the chambers judge to vary his order from time to time as the action proceeds and the need arises, whether from concern about fairness or efficacy; he may even decertify the proceeding.

[33] In *Hinton v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2008] 4 F.C.R. 391 (F.C.), Justice Sean Harrington came to the same conclusion about the value of active case management in a class proceeding as a means of maintaining efficiency (at paragraph 44):

The Minister submits that if it turns out that the narrow platform of an ordinary judicial review, even with the Court ordering that more documentation be produced and allowing for the testimony of witnesses in open court, is found insufficient, then the judicial review could be converted into an action. To my way of thinking, this proposal is far less practical and far less efficient than converting now and through case management cutting back if, as and when appropriate. By the same token, I do not think that the administration of a class action would cause greater difficulties than if relief were sought by other means.

[34] One other concern raised by the Crown involves the magnitude of the contingency fee that would be payable under the terms of the retainer agreement entered into between Mr. Manuge and his legal counsel. That agreement provides for a fee of 30% of any favourable financial judgment plus disbursements. The agreement also duly notes that the fee payable “shall be subject to approval by the Court.” There is certainly nothing inappropriate about a contingency fee arrangement in a case like this one where the outcome is unpredictable and where the amounts individually in issue appear insufficient to support litigation. The amount of fee payable at the end of a class proceeding is, of course, subject to assessment by the trial court and must bear some reasonable relationship to the effort actually expended and to the degree of risk assumed by counsel. I have no reservations about the ability of the Court to deal with this issue, if necessary, in the exercise of its supervisory jurisdiction.

défendeurs. Nombre des arguments avancés par l’avocat des appelants, arguments axés sur l’équité pour les défendeurs et les tierces parties, peuvent être soumis au juge en chambre chargé de gérer l’action à mesure qu’elle progresse. Dans l’examen de tels arguments, je garderai à l’esprit la capacité du juge en chambre de modifier périodiquement son ordonnance à mesure que l’action progresse et que le besoin s’en fait sentir, que ce soit pour des impératifs d’équité ou d’efficacité; il pourrait même retirer son autorisation.

[33] Dans la décision *Hinton c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2008] 4 R.C.F. 391 (C.F.), le juge Sean Harrington est arrivé à la même conclusion sur les avantages d’une gestion active de l’instance dans un recours collectif, comme moyen de préserver l’efficacité (au paragraphe 44) :

Le ministre soutient que s’il s’avérait que le cadre restreint du contrôle judiciaire soit jugé insuffisant, même après que la Cour ait ordonné le dépôt de documents supplémentaires et permis l’audition de témoins lors d’une audience publique, alors le contrôle judiciaire pourrait être converti en action. À mon avis, cette proposition est beaucoup moins pratique et efficace que de convertir le contrôle judiciaire en action maintenant et, au besoin, d’élargir au moyen de la gestion d’instance. De même, je ne pense pas que la gestion du recours collectif causerait plus de problèmes que si les membres du groupe envisagé tentaient d’obtenir une réparation d’une autre façon.

[34] Un autre point soulevé par la Couronne concerne l’ampleur des honoraires conditionnels qui seraient payables au titre du mandat de représentation en justice conclu entre M. Manuge et son avocat. Ce mandat prévoit des honoraires représentant 30 p. 100 de tout jugement rendu en faveur de M. Manuge, outre les débours. Le mandat précise aussi que les honoraires payables [TRADUCTION] « devront être approuvés par la Cour ». Il n’y a évidemment rien d’illégitime à ce que soit conclu un accord d’honoraires conditionnels dans un cas comme celui-ci, dont l’issue est imprévisible et où les sommes, considérées isolément, ne semblent pas justifier un recours aux tribunaux. Le montant des honoraires payables à l’issue d’un recours collectif dépendra naturellement de l’appréciation du juge de première instance et devra être proportionnel aux efforts effectivement consentis et au risque pris par l’avocat. Je n’ai aucune réserve sur l’aptitude de la Cour à examiner cet aspect, au besoin, dans l’exercice de sa fonction de surveillance.

[35] Although there are certainly some additional procedures and costs associated with the prosecution of a class action, the salutary value of those steps must be recognized. There is much to be said for the widespread advance notification to interested parties that is a requirement of a class proceeding because that, too, enables access to justice by other claimants. It seems to me that after-the-fact notice (if required) is not an equivalent substitute for the procedure that is established by the Court's class proceedings rules and, indeed, there would be nothing to compel the Crown to advise other similarly situated Canadian Forces members if Mr. Manuge's claim to past benefits were successful. In addition, the Court has the ability under rule 334.32 [as enacted by SOR/2007-301, s. 7] of the *Federal Courts Rules*, to modify the terms of giving notice to class members as dictated by the circumstances. In this case, the class is identifiable and manageable. Presumably the Crown knows who the interested parties are and has the information available to facilitate effective notice upon them.

[36] I agree that the costs of giving effective notice to the members of the class could, in some cases, militate against certification particularly where there is an expectation that the Crown should contribute to those costs. However, in this case where the size of the class is relatively modest and where reliable contact information is likely available, I do not see this issue as an impediment to certification.

[37] On all of these issues which are relevant to the determination of whether it is preferred that this action be certified, I would adopt the following views of the British Columbia Court of Appeal in *Nanaimo Immigrant Settlement Society v. British Columbia* (2001), 84 B.C.L.R. (3d) 208, at paragraphs 20-21:

But as Mr. Branch responded, the question is not whether the class action is necessary—i.e., whether there are other alternatives—but whether it is the “preferable procedure” for resolving the plaintiffs’ claims. Section 4(2) of the Act states that that question involves a consideration of “all relevant matters”—a phrase that includes the practical realities of this

[35] Il y a évidemment d'autres procédures et d'autres coûts afférents au dépôt d'un recours collectif, mais la valeur salutaire d'une démarche de ce genre doit être admise. Il y a beaucoup à dire en faveur de l'avis préalable généralisé aux parties intéressées, qui est l'une des conditions d'un recours collectif, parce qu'il permet lui aussi l'accès d'autres demandeurs à la justice. Il me semble qu'un avis après coup (s'il est requis) ne saurait remplacer la procédure qui est établie par les règles relatives aux recours collectifs, et rien d'ailleurs ne pourrait contraindre la Couronne à informer les autres membres des Forces canadiennes se trouvant dans la même situation que M. Manuge si celui-ci obtenait gain de cause dans sa demande de restitution de prestations passées. En outre, la Cour a le pouvoir, en vertu de la règle 334.32 [éditée par DORS/2007-301, art. 7] des *Règles des Cours fédérales*, de modifier les conditions de la signification de l'avis aux membres du groupe selon que l'exigent les circonstances. En l'espèce, le groupe est identifiable et gérable. La Couronne sait probablement qui sont les parties intéressées et elle dispose des renseignements requis pour qu'avis leur soit signifié.

[36] Je reconnais que les coûts de la signification d'un avis aux membres du groupe pourraient, dans certains cas, militer contre une autorisation de l'instance comme recours collectif, surtout s'il est attendu de la Couronne qu'elle assume une partie de ces coûts. Cependant, dans le cas présent, où la taille du groupe est relativement modeste et où des renseignements fiables concernant les personnes avec qui communiquer existent probablement, je ne crois pas que cet aspect fasse obstacle à une autorisation.

[37] Sur tous ces points, qui intéressent la question de savoir s'il est opportun d'autoriser l'instance comme recours collectif, je ferai miens les propos suivants tenus par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Nanaimo Immigrant Settlement Society v. British Columbia* (2001), 84 B.C.L.R. (3d) 208, aux paragraphes 20 et 21 :

[TRADUCTION] Mais, ainsi qu'a répondu M. Branch, la question n'est pas de savoir si le recours collectif est nécessaire—c'est-à-dire s'il y a d'autres solutions—mais plutôt de savoir si c'est la « procédure à privilégier » pour régler les réclamations des demandeurs. Le paragraphe 4(2) de la Loi dispose que cette question requiert de considérer « tous les

method of resolving the claims in comparison to other methods. In the plaintiffs' submission, what makes a class action preferable in this case are the practical advantages provided by the Act for the actual litigation process. Some of these advantages accrue only to the plaintiffs: as Mr. Branch noted, if the claims are aggregated, contingency fee arrangements are likely to be available for the plaintiffs. The claims can be pursued by one counsel or a few counsel rather than by many. A formal notification procedure is available. Generally, it is more likely that those charities that have paid provincial licence fees in connection with bingo and casino games can pursue the matter to completion—something very few individual charities could do on their own. Other advantages arising under the Act are beneficial to both parties—the assignment to the action of one case-management judge, and the attendant elimination of lengthy Chambers proceedings before different judges. From the Province's point of view, none of these considerations prejudices its ability to defend the action fully, except to the extent that financial constraints on the plaintiffs are eased. Those constraints are not an "advantage" the Province should wish to preserve.

In my view, these factors militate strongly in favour of certification, and are obviously consistent with the stated objectives of the Act. The fact that the threshold questions include matters of constitutional law that could be resolved in a shorter declaratory action should not, in my view, overshadow these realities. As Mr. Branch said, the obtaining of a declaration is not the plaintiffs' primary objective; the repayment of their fees is. Nor should the fact that restitution is being sought by individual plaintiffs outweigh the fact that a class action will move the proceedings forward to a considerable extent.

[38] The parties agree that there must be a reasonable cause of action to support a motion to certify. It is clear from the authorities that the threshold which the plaintiff must meet to establish a reasonable cause of action is very low: see *Le Corre v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 155, at paragraph 21. The test for resolving this issue is the same as that which is applied to a motion to strike such that it must be "plain and obvious" that the plaintiff cannot succeed; it should not be applied such that novel legal propositions would be stifled: see *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at page 977. In *Sylvain v. Canada (Agriculture and Agri-Food)* (2004), 267 F.T.R. 146 (F.C.), Justice Pierre Blais described the test as follows (at paragraph 26):

aspects pertinents »—expression qui englobe les réalités pratiques de cette méthode de règlement des réclamations par rapport à d'autres méthodes. Selon l'argument des demandeurs, ce qui fait qu'un recours collectif est la procédure à privilégier en l'espèce, ce sont les avantages pratiques offerts par la Loi pour la procédure comme telle. Certains de ces avantages ne sont dévolus qu'aux demandeurs : comme l'a noté M. Branch, si les réclamations sont regroupées, des accords d'honoraires conditionnels seront probablement possibles pour les demandeurs. Les réclamations pourront être conduites par un seul avocat ou par quelques-uns, plutôt que par un grand nombre. Il existe une procédure d'avis formel. En général, il sera plus probable que les organismes de bienfaisance qui ont payé des droits de licence provinciale pour des jeux de bingo et de casino seront en mesure de mener l'affaire à son terme—ce que très peu d'organismes pourraient faire à titre individuel. D'autres avantages découlant de la Loi profitent aux deux parties—le fait qu'un seul juge de la gestion de l'instance soit assigné à l'action, et le fait que soient éliminées ainsi de longues procédures en chambre devant différents juges. Du point de vue de la province, aucune de ces considérations n'entrave sa capacité d'opposer une défense en règle à l'action, si ce n'est que les contraintes financières exercées sur les demandeurs sont allégées. Ces contraintes ne sont pas un « avantage » que la province devrait chercher à préserver.

À mon avis, ces facteurs militent fortement en faveur d'une autorisation de l'instance comme recours collectif, et ils s'accordent évidemment avec les objectifs déclarés de la Loi. Le fait que les questions fondamentales comprennent des points de droit constitutionnel qui pourraient être décidés à la faveur d'une procédure déclaratoire plus expéditive ne devrait pas, selon moi, éclipser de telles réalités. Comme l'a dit M. Branch, l'obtention d'un jugement déclaratoire n'est pas l'objectif premier des demandeurs; leur objectif premier, c'est le remboursement des droits de licence. Le fait qu'une restitution soit recherchée par chacun des demandeurs ne devrait pas non plus l'emporter sur le fait qu'un recours collectif accélérera considérablement la procédure.

[38] Les parties s'accordent à dire qu'il doit exister une cause d'action valable au soutien d'une requête en autorisation. Il ressort clairement des précédents que le seuil que doit atteindre le demandeur pour établir une cause d'action valable est très faible : voir *Le Corre c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 155, au paragraphe 21. Le critère applicable à cette question est le même que celui qui s'applique à une requête en radiation, c'est-à-dire qu'il doit être « manifeste et évident » que le demandeur ne saurait avoir gain de cause; il ne devrait pas être appliqué d'une manière susceptible d'escamoter des arguments juridiques inédits : voir l'arrêt *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, à la page 977. Dans la décision *Sylvain c.*

In *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, the Supreme Court of Canada indicated the circumstances in which the statement of claim could be struck out: the action came from a proceeding in the British Columbia Supreme Court and the conditions for striking out were stated in the *Rules of Court* of that province. The conditions are essentially the same as those set out in the *Federal Court Rules*. In view of the importance of preserving the right to seek judicial relief, the application will only be struck out if the outcome is plain and obvious, namely that even if the facts alleged in the statement of claim are true, the case has no chance of success. The Supreme Court of Canada put it this way, at paragraphs 32 and 33:

The test remained whether the outcome of the case was “plain and obvious” or “beyond reasonable doubt”.

... As in England, if there is a chance that the plaintiff might succeed, then the plaintiff should not be “driven from the judgment seat”. Neither the length and complexity of the issues, the novelty of the cause of action, nor the potential for the defendant to present a strong defence should prevent the plaintiff from proceeding with his or her case. Only if the action is certain to fail because it contains a radical defect ranking with the others listed in Rule 19(24) of the British Columbia *Rules of Court* should the relevant portions of a plaintiff’s statement of claim be struck out under Rule 19(24)(a).

[39] The only issues raised in Mr. Manuge’s statement of claim which are arguably untenable are his pleadings of unjust enrichment and breach of fiduciary duty. The allegations of unlawfulness, *ultra vires* and a breach of subsection 15(1) of the Charter easily meet the legal threshold of a reasonable cause of action. The allegation of a breach of a public law duty is simply an alternative plea to those that assert that the impugned SISIP provision is unlawful and contrary to the *Pension Act*. Similarly, the allegation of bad faith is not obviously pleaded as an independent cause of action but is linked to the further allegations of unlawful and discriminatory conduct and breach of fiduciary duty. This bad faith allegation is also made in support of the claim to general, punitive, exemplary and aggravated damages. Whether bad faith can be established on the evidence remains to be seen but this is not the point in the proceeding to reflect on the significance or weight to be

Canada (Agriculture et Agroalimentaire), 2004 CF 1610, le juge Pierre Blais décrivait ainsi le critère (au paragraphe 26) :

Dans l’arrêt *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, la Cour suprême du Canada a précisé en quelles circonstances la déclaration peut être radiée; l’action procédait d’une instance devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, et les conditions de radiation étaient prévues dans les *Rules of Court* de cette province. Les conditions sont essentiellement les mêmes que celles qui sont prévues aux *Règles de la Cour fédérale*. Compte tenu de l’importance de préserver le droit d’ester en justice, la demande ne sera radiée que si l’issue est évidente et manifeste, c’est-à-dire que même si les faits allégués dans la déclaration sont vrais, la cause n’a aucune chance de succès. La Cour suprême du Canada l’exprime ainsi aux paragraphes 32 et 33 :

Le critère est toujours de savoir si l’issue de l’affaire est « évidente et manifeste » ou « au-delà de tout doute raisonnable ».

(...) Comme en Angleterre, s’il y a une chance que le demandeur ait gain de cause, alors il ne devrait pas être “privé d’un jugement”. La longueur et la complexité des questions, la nouveauté de la cause d’action ou la possibilité que les défendeurs présentent une défense solide ne devraient pas empêcher le demandeur d’intenter son action. Ce n’est que si l’action est vouée à l’échec parce qu’elle contient un vice fondamental qui se range parmi les autres énumérés à la règle 19(24) des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique que les parties pertinentes de la déclaration du demandeur devraient être radiées en application de la règle 19(24)(a).

[39] Les seuls points soulevés dans la déclaration de M. Manuge qui pourraient être indéfendables concernent deux moyens : l’enrichissement sans cause et le manquement aux obligations fiduciaires. Les allégations d’illégalité, d’invalidité et de violation du paragraphe 15(1) de la Charte satisfont facilement au seuil juridique d’une cause d’action valable. L’allégation de violation d’une obligation de droit public est simplement une variante du plaidoyer selon lequel la disposition contestée du RARM est illégale et contraire à la *Loi sur les pensions*. Pareillement, l’allégation de mauvaise foi n’est pas, à l’évidence, plaidée en tant que cause d’action indépendante, mais se rattache aux autres allégations de conduite illégale et discriminatoire et de violation d’obligations fiduciaires. Cette allégation de mauvaise foi est également faite au soutien de la demande de dommages-intérêts généraux, punitifs, exemplaires et majorés. Il reste à voir si la mauvaise foi peut être établie

assigned to the evidence, including the report of the military Ombudsman.

[40] The Crown argues, with some justification, that Mr. Manuge's rather sparse allegations of breach of fiduciary duty and unjust enrichment cannot be made out against it. While I agree that such allegations are inherently difficult to establish against the Crown, a significant component of the Crown's argument is based on evidentiary matters which, it says, have not been properly pleaded or cannot be established. This is apparent from the following passages from the Crown's memorandum of fact and law (at paragraphs 68-70, 78-81 and 85):

First, there has been no enrichment of the Crown. The funds held by SISIP are held strictly for the purposes of the payment of the SISIP benefits. They can be used for no other purpose. Similarly, were SISIP to become underfunded, public money collected and placed in Canada's Consolidated Revenue Fund would not be available to provide SISIP benefits. All premium contributions received from Treasury Board and CF members are pooled, and there are no individual accounts. There is extensive cross-subsidization of benefits; those receiving SISIP LTD benefits are subsidized by those CF members who pay premiums but never receive SISIP benefits.

Further, it is plain and obvious that there is a juristic reason for the SISIP reduction in the present case—it is a mandatory term of an insurance contract which is applicable to all SISIP LTD beneficiaries. The fact that monies have been collected and dealt with under the terms of a contract has been held to constitute a juristic reason.

The Supreme Court of Canada has held that in determining whether there is an absence of juristic reason for the enrichment, the fundamental concern is the legitimate expectation of the parties. The Plaintiff was explicitly made aware of the terms of the SISIP Policy and the reduction in particular. He can have had no expectation that he would not be subject to the SISIP reduction.

...

In order for Mr. Manuge's allegation of breach of fiduciary duty to be sustainable as a cause of action, the pleadings must disclose sufficient material facts to support the existence of a fiduciary relationship between the Federal Crown who crafted the SISIP policy, its administrators, and those who receive

au vu de la preuve produite, mais il ne s'agit pas ici de méditer sur l'importance ou le poids à accorder à la preuve, y compris au rapport de l'ombudsman militaire.

[40] La Couronne fait valoir, non sans justification, que les allégations plutôt clairessemées de M. Manuge pour ce qui concerne le manquement aux obligations fiduciaires et l'enrichissement sans cause ne sauraient être établies contre elle. Je reconnais que ces allégations sont par nature difficiles à établir contre la Couronne, mais une part importante des arguments de la Couronne est fondée sur des faits qui, dit-elle, n'ont pas été suffisamment plaidés ou ne peuvent être établis. Cela ressort des extraits suivants de l'exposé des faits et du droit produit par la Couronne (aux paragraphes 68 à 70, 78 à 81 et 85) :

[TRADUCTION] D'abord, il n'y a pas eu d'enrichissement de la Couronne. Les fonds détenus par le RARM le sont strictement aux fins du paiement des prestations du RARM. Ils ne peuvent être employés à aucune autre fin. Pareillement, si le RARM devenait insuffisamment provisionné, les deniers publics perçus et versés au Trésor du Canada ne pourraient pas servir à payer les prestations du RARM. Toutes les contributions reçues du Conseil du Trésor et des membres des FC sont mises en commun, et il n'y a pas de comptes individuels. Il y a un important interfinancement des prestations; ceux qui reçoivent des prestations du RARM IP sont subventionnés par les membres des FC qui versent des primes mais ne reçoivent jamais de prestations du RARM.

Par ailleurs, il est manifeste et évident qu'il y a dans le cas présent une raison juridique justifiant la réduction des prestations du RARM—it s'agit d'une condition impérative d'un contrat d'assurance, qui est applicable à tous les bénéficiaires du RARM IP. Il a été jugé que la perception et le traitement des sommes d'après les modalités d'un contrat constituent une raison juridique.

La Cour suprême du Canada a jugé que, pour savoir s'il y a absence de raison juridique d'un enrichissement, le critère fondamental a trait aux attentes légitimes des parties. Le demandeur a été explicitement mis au fait des conditions du RARM, et en particulier de la réduction qu'il prévoit. Il est impossible qu'il ait pu espérer ne pas être soumis à la réduction en question.

[...]

Pour que l'allégation de manquement aux obligations fiduciaires faite par M. Manuge puisse être défendable comme cause d'action, les actes de procédure doivent révéler des faits suffisants attestant l'existence d'une relation fiduciaire entre la Couronne fédérale qui a établi la police du RARM, ses

SISIP benefits. There can be no fiduciary duty in the absence of a fiduciary relationship.

The facts as pled by the Plaintiff are not sufficient to support a finding that a fiduciary relationship exists between the parties. Mr. Manuge's allegations rely on an alleged fiduciary relationship by virtue only of his past employment status with the Defendant. The relationship of the Crown to its employees, including CF members or former members, in administering contractually mandated insurance benefits does not create the basis for a fiduciary duty and has no prospect of success at trial.

Mr. Manuge has not pled that such a relationship imports any special element of trust or confidentiality. He has not pled that Crown servants entering into contractual insurance agreements with the Crown are particularly vulnerable. He has not plead that the Crown relinquished its own self-interest in maintaining an affordable and balanced insurance scheme while remaining accountable to Canadian taxpayers in order to act solely in the best interests of a segment of society in need of long term disability insurance.

In his Memorandum of Fact and Law, the Plaintiff asserts that the Crown has been found to owe fiduciary duties to members of the Canadian Forces. He also argues that pension administrators are often found to be in a fiduciary relationship with the beneficiaries of those pension policies. That is insufficient to establish that the fiduciary relationship pled in this case is valid absent an examination of the nature of particular relationships found to exist in those cases.

...

When the government is exercising public authority governed by a statute it is not likely in a fiduciary relationship. This is because the act of governing must balance the interests of all Canadians; when enacting public legislation which affects all Canadians with diverse interests, it is difficult to conclude that the government has agreed to act in the interests of a particular person or class of persons. This is equally true when government designs policy pursuant to legislation.

[41] Some of the Crown's concerns as noted above appear to arise from drafting deficiencies and could be overcome with amendments to Mr. Manuge's statement of claim; as such, they should not be relied upon on a motion such as this: see *Endean v. Canadian Red Cross Society* (1997), 148 D.L.R. (4th) 158 (B.C.S.C.), at paragraph 26. With respect to the legal principles

administrateurs et ceux qui reçoivent des prestations du RARM. Il ne saurait y avoir d'obligations fiduciaires en l'absence d'une relation fiduciaire.

Les faits tels qu'ils sont allégués par le demandeur ne suffisent pas à dire qu'une relation fiduciaire existe entre les parties. Les allégations de M. Manuge se fondent sur une prétendue relation fiduciaire en raison seulement de son statut antérieur d'employé de la défenderesse. La relation entre la Couronne et ses employés, y compris les membres ou anciens membres des FC, en ce qui concerne l'administration de prestations d'assurance d'origine contractuelle n'établit pas le fondement d'une obligation fiduciaire et n'a aucune chance d'être admise en justice.

M. Manuge n'a pas prétendu qu'une telle relation comporte un élément spécial de confiance ou de confidentialité. Il n'a pas prétendu que les préposés de la Couronne qui concluent des contrats d'assurance avec la Couronne sont particulièrement vulnérables. Il n'a pas prétendu que la Couronne a abandonné son propre intérêt dans le maintien d'un régime d'assurance abordable et équilibré tout en restant comptable envers les contribuables canadiens afin d'agir uniquement dans l'intérêt d'un segment de la société ayant besoin d'une assurance-invalidité de longue durée.

Dans son exposé des faits et du droit, le demandeur dit qu'il a été jugé que la Couronne a des obligations fiduciaires envers les membres des Forces canadiennes. Il prétend aussi qu'il est souvent constaté que les administrateurs de régimes de pensions se trouvent dans une relation fiduciaire envers les bénéficiaires de ces régimes. Cela ne suffit pas à établir que la relation fiduciaire plaidée ici est valide sans que soit examinée la nature des relations particulières censées exister dans de tels cas.

[...]

Lorsque le gouvernement exerce un pouvoir public régi par une loi, il est peu probable qu'il se trouve dans une relation fiduciaire. S'il en est ainsi, c'est parce que l'acte de gouverner doit tenir compte des intérêts de toute la population; dans l'adoption de lois publiques censées s'appliquer à une multitude dont les intérêts varient, il est difficile de conclure que le gouvernement ait accepté d'agir dans l'intérêt d'une personne ou d'une catégorie de personnes. Il en est de même lorsque l'administration établit une politique en application d'une loi.

[41] Certains des doutes susmentionnés de la Couronne semblent découler de lacunes rédactionnelles et pourraient être dissipés par une modification de la déclaration de M. Manuge; ils ne devraient donc pas être invoqués dans une requête comme celle-ci : voir *Endean v. Canadian Red Cross Society* (1997), 148 D.L.R. (4th) 158 (C.S.), au paragraphe 26. S'agissant des principes

advanced by the Crown, I am drawn to the wisdom of Justice Marion Allan in *Brogaard v. Canada (Attorney General)* (2002), 7 B.C.L.R. (4th) 358 (S.C.), at paragraphs 100-101, where she held as follows:

In *Hislop, supra*, Mr. Justice Cullity concluded that, on a preliminary application to strike the plaintiffs' statement of claim for failing to disclose a cause of action, it was inappropriate to attempt to decide difficult legal issues in dispute between the parties that had not been resolved in previous cases. He noted at para. 6 that "each of the impugned claims falls within a branch of the law that has either recently been subject to significant developments whose scope has yet to be determined with precision, or is comparatively unexplored."

In my opinion, it is clear that unjust enrichment and breach of fiduciary duty are developing areas of the law, as are issues relating to the constitutional validity of legislation and available remedies. I cannot conclude at this stage that it is plain and obvious that the plaintiffs cannot succeed on these issues. Accordingly, I find that the pleadings disclose a cause of action as required by s. 4(1)(a) of the CPA.

Also see *Kranjcec v. Ontario* (2004), 69 O.R. (3d) 231 (Sup. Ct. J.), at paragraphs 33-37.

[42] In summary, this proceeding seems to me to be ideally suited to certification as a class action. There are no apparent competing interests, indemnity claims or subclasses. The questions of law and liability raised in the pleadings appear to be common throughout the class and the only individual questions relate to the quantification of loss which, if necessary, should be amenable to simple mathematical calculation. The individual claims of the proposed class members including Mr. Manuge appear to have insufficient value to justify litigation in any form and are such that obtaining legal representation would be problematic. The issues of judicial economy, efficiency and fairness can be effectively managed by the Court and, as such, do not displace the overall advantages of a class proceeding as discussed above. While the Crown apparently believes that a single application would be less burdensome to it, I cannot identify anything about the class process that would result in unfairness to its litigation interests.

juridiques avancés par la Couronne, je m'en remets à la sagesse montrée par la juge Marion Allan dans la décision *Brogaard v. Canada (Attorney General)* (2002), 7 B.C.L.R. (4th) 358 (C.S.), aux paragraphes 100 et 101, où elle écrivait ce qui suit :

[TRADUCTION] Dans la décision *Hislop*, précitée, le juge Cullity, saisi d'une demande préliminaire visant à faire radier la déclaration des demandeurs pour non-divulgence d'une cause d'action, a conclu qu'il était inopportun de tenter de trancher entre les parties des points de droit difficiles qui n'avaient pas été résolus dans des affaires antérieures. Il écrivait, au paragraphe 6, que « chacune des réclamations contestées relève d'un domaine du droit qui soit a récemment été l'objet de développements importants dont la portée n'a pas encore été mesurée avec précision, soit est relativement inexploré ».

À mon avis, il est clair que l'enrichissement sans cause et la violation d'une obligation fiduciaire sont des domaines juridiques en développement, tout comme le sont les questions se rapportant à la validité constitutionnelle d'une loi ou de recours existants. Il m'est impossible de dire à ce stade qu'il est manifeste et évident que les demandeurs ne pourront obtenir gain de cause sur ces aspects. Par conséquent, je suis d'avis que les actes de procédure révèlent une cause d'action selon ce que requiert l'alinéa 4(1)a) de la CPA.

Voir aussi la décision *Kranjcec v. Ontario* (2004), 69 O.R. (3d) 231 (C.S.J.), aux paragraphes 33 à 37.

[42] En résumé, la présente instance me semble se prêter idéalement à une autorisation comme recours collectif. Il n'y a pas d'intérêts opposés, de recours contradictoires ou de sous-groupes rivaux évidents. Les questions de droit et de responsabilité soulevées dans les actes de procédure semblent être les mêmes pour tout le groupe, et les seules questions individuelles se rapportent à la quantification de la perte, laquelle, au besoin, relèverait d'un simple calcul mathématique. Les réclamations individuelles des membres du groupe proposé, dont M. Manuge, paraissent trop modestes pour justifier un litige d'une forme ou une autre, et elles sont telles que les membres du groupe auraient du mal à se faire représenter en justice. Les questions d'économie des ressources judiciaires, d'efficacité du système judiciaire et d'équité peuvent être efficacement gérées par la Cour et ne font donc pas disparaître les avantages globaux d'un recours collectif qui ont été évoqués plus haut. La Couronne croit semble-t-il qu'une simple demande de contrôle judiciaire serait pour elle moins

[43] In conclusion, I will allow the plaintiff's motion for certification of this action as a class proceeding. I will permit the parties some time to discuss the remaining issues of notification to class members including the process of opting out of the proceeding. Failing agreement, either party may bring those matters to the Court for discussion and resolution.

[44] In accordance with rule 334.39 [as enacted by SOR/2007-301, s. 7] there will be no costs awarded in connection with this motion.

ORDER

THIS COURT ORDERS that this motion to certify this proceeding as a class action is allowed on the following terms:

1. This action is certified as a class proceeding;
2. The class is described as: "all former members of the Canadian Forces whose long-term disability benefits under S.I.S.I.P. Policy No. 901102 were reduced by the amount of their VAC Disability benefits received pursuant to the *Pension Act* (the "Class") from April 17, 1985 to date."
3. Mr. Manuge is appointed as the representative plaintiff of the class;
4. The nature of the claim is stated as follows:
 - a. that Section 24(a)(iv) of Part III(B) of the SISIP Policy No. 901102:
 - i. is unlawful pursuant to the provisions of the *Pension Act*;
 - ii. *ultra vires* the legislative authority of the Crown;
 - iii. breaches the public law duty owed by the Crown to the plaintiff and the class;
 - iv. unlawfully assigns, charges, attaches, anticipates, commutes, or gives as security the VAC disability

difficile à gérer, mais il m'est impossible de voir dans la formule du recours collectif une source potentielle d'injustice pour elle.

[43] En conclusion, je ferai droit à la requête du demandeur en autorisation de la présente action comme recours collectif. J'accorderai aux parties un délai au cours duquel elles pourront débattre les points restants touchant l'avis aux membres du groupe, notamment la procédure qu'ils devront suivre si tel ou tel d'entre eux décide de ne pas participer à l'instance. À défaut d'entente, l'une ou l'autre des parties pourra soumettre ces aspects à la Cour pour examen et décision.

[44] Conformément à la règle 334.39 [éditée par DORS/2007-301, art. 7] il ne sera pas adjugé de dépens relativement à la présente requête.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE que la présente requête en autorisation de l'instance comme recours collectif soit accordée, aux conditions suivantes :

1. L'action est autorisée comme recours collectif;
2. Le groupe est décrit ainsi : « tous les anciens membres des Forces canadiennes dont les prestations d'invalidité de longue durée au titre de la police n° 901102 du RARM ont été réduites du montant de leurs prestations d'invalidité d'ACC reçues conformément à la *Loi sur les pensions* (le groupe), depuis le 17 avril 1985 jusqu'à présent ».
3. M. Manuge est nommé représentant demandeur du groupe;
4. La nature du recours est la suivante :
 - a. l'alinéa 24a)(iv) de la partie III(B) de la police n° 901102 du RARM :
 - i. est illégale selon les dispositions de la *Loi sur les pensions*;
 - ii. outrepassé les pouvoirs conférés à la Couronne par la loi;
 - iii. viole l'obligation de droit public que la Couronne a envers le demandeur et le groupe;
 - iv. cède, grève, saisit, paie par anticipation, substitue ou donne en garantie, contrairement à l'article 30 [mod. par

benefits paid or payable to the plaintiff and the class contrary to section 30 [as am. by S.C. 2000, c. 34, s. 24] of the *Pension Act*;

v. infringes the equality rights of the plaintiff and class under subsection 15(1) of the Charter to live free from discrimination and cannot be saved under section 1 of the Charter;

vi. unjustly enriches the Crown to the detriment of the plaintiff and the class;

vii. breaches the fiduciary duties owed by the Crown to the plaintiff and the class as disabled former members of the Canadian Forces involuntarily terminated from service; and

viii. has been implemented and maintained by the Crown in bad faith.

5. The relief sought by the class is stated as follows:

a. a declaration that Section 24(a)(iv) of Part III(B) of the SISIP Policy No. 901102 is unlawful;

b. a declaration that Section 24(a)(iv) of Part III(B) of the SISIP Policy No. 901102 is *ultra vires* the legislative authority of the Crown;

c. a declaration that the Crown has breached the public law duty owed to the plaintiff and the class to fulfill its obligations under the *Pension Act*;

d. a declaration that the benefits paid and/or payable to the plaintiff and the class pursuant to the *Pension Act* have been unlawfully “assigned, charged, attached, anticipated, commuted or given as security” by the Crown contrary to section 30 of the *Pension Act* as a result of the application of Section 24(a)(iv) of the SISIP Policy No. 901102;

e. a declaration that Section 24(a)(iv) of Part III(B) of the SISIP Policy No. 901102 infringes the equality rights of the plaintiff and the class under subsection 15(1) of the Charter to live free from discrimination and cannot be saved under section 1 of the Charter;

f. a declaration that the Crown has breached the fiduciary duties owed to the plaintiff and the class as former servants and members of the Canadian Forces terminated as a result of injuries sustained during the course of their service and suffering resulting disabilities;

L.C. 2000, ch. 34, art. 24] de la *Loi sur les pensions*, les prestations d’invalidité d’ACC payées ou devant être payées au demandeur et au groupe;

v. porte atteinte aux droits à l’égalité conférés au demandeur et au groupe par le paragraphe 15(1) de la Charte, notamment le droit d’être à l’abri de toute discrimination, une atteinte qui ne saurait être validée par l’article premier de la Charte;

vi. enrichit sans cause la Couronne, au détriment du demandeur et du groupe;

vii. viole les obligations fiduciaires que la Couronne a envers le demandeur et envers le groupe, en tant qu’anciens membres invalides des Forces canadiennes, au service desquels il a été mis fin;

viii. a été appliqué et maintenu par la Couronne de mauvaise foi.

5. Le redressement sollicité par le groupe est le suivant :

a. un jugement déclaratoire portant que l’alinéa 24a)(iv) de la partie III(B) de la police n° 901102 du RARM est illégale;

b. un jugement déclaratoire portant que l’alinéa 24a)(iv) de la partie III(B) de la police n° 901102 du RARM outrepassé les pouvoirs conférés à la Couronne par la loi;

c. un jugement déclaratoire portant que la Couronne a manqué à l’obligation de droit public qu’elle a envers le demandeur et le groupe, c’est-à-dire ses obligations selon la *Loi sur les pensions*;

d. un jugement déclaratoire portant que les prestations payées et/ou devant être payées au demandeur et au groupe conformément à la *Loi sur les pensions* ont été illégalement « cédées, grevées, saisies, payées par anticipation, substituées ou données en garantie » par la Couronne, contrairement à l’article 30 de la *Loi sur les pensions*, en conséquence de l’application de l’alinéa 24a)(iv) de la partie III(B) de la police n° 901102 du RARM;

e. un jugement déclaratoire portant que l’alinéa 24a)(iv) de la partie III(B) de la police n° 901102 du RARM porte atteinte aux droits à l’égalité conférés au demandeur et au groupe par le paragraphe 15(1) de la Charte, c’est-à-dire le droit d’être à l’abri de toute discrimination, une atteinte qui ne saurait être validée par l’article premier de la Charte;

f. un jugement déclaratoire portant que la Couronne a manqué aux obligations fiduciaires qu’elle avait envers le demandeur et envers le groupe, en tant qu’anciens fonctionnaires et membres des Forces canadiennes au service desquels il a été mis fin par suite de lésions subies par eux durant leur service, et qui souffrent donc d’invalidités;

- g. a declaration that the Crown has acted in bad faith in the implementation of Section 24(a)(iv) of Part III(B) of the SISIP Policy No. 901102 and its impact on the plaintiff and the class as former servants and members of the Canadian Forces terminated as a result of injuries sustained during the course of their service and suffering resulting disabilities;
- h. an order pursuant to section 24 of the Charter that Section 24(a)(iv) of Part III(B) of the SISIP Policy No. 901102 be expunged;
- i. an order that damages are a just and appropriate remedy pursuant to section 24 of the Charter and that the plaintiff and the class be reimbursed in an amount equal to the amount of long-term benefits deducted pursuant to Section 24(a)(iv) of Part III(B) of the SISIP Policy No. 901102 from the amount of long-term disability benefits otherwise payable to the plaintiff and the class;
- j. in the alternative, damages in an amount equal to the amount of benefits payable to the plaintiff and the class unlawfully and wrongfully deducted pursuant to Section 24(a)(iv) of Part III(B) of the SISIP Policy No. 901102 from the amount of long-term disability benefits otherwise payable to the plaintiff and the class;
- k. in the further alternative, an order for restitution;
- l. liability and general damages for;
- i. discrimination;
 - ii. breach of fiduciary duties; and
 - iii. bad faith.
- m. punitive, exemplary and aggravated damages;
- n. interest pursuant to the *Federal Courts Act*;
- o. costs of this action on a solicitor-and-client basis; and
- p. such further relief as this Honourable Court may deem just.
6. The following questions are certified as common questions of law or fact as the case may be:
- a. Is Section 24(a)(iv) of Part III(B) of the SISIP Policy No. 901102 unlawful?
 - b. Is Section 24(a)(iv) of Part III(B) of the SISIP Policy No. 901102 *ultra vires* the legislative authority of the Crown?
- g. un jugement déclaratoire portant que la Couronne a agi de mauvaise foi dans l'application de l'alinéa 24a)(iv) de la partie III(B) de la police n° 901102 du RARM, et dans les répercussions de cette disposition sur le demandeur et le groupe, en tant qu'anciens fonctionnaires et membres des Forces canadiennes au service desquels il a été mis fin par suite de lésions subies par eux durant leur service, et qui souffrent par conséquent d'invalidités;
- h. une ordonnance, selon l'article 24 de la Charte, portant que l'alinéa 24a)(iv) de la partie III(B) de la police n° 901102 du RARM est invalide;
- i. une ordonnance portant que des dommages-intérêts constituent une réparation convenable et juste en application de l'article 24 de la Charte, et que le demandeur et le groupe sont fondés à être remboursés d'une somme égale aux prestations d'invalidité de longue durée qui, en application de l'alinéa 24a)(iv) de la partie III(B) de la police n° 901102 du RARM, ont été déduites des prestations d'invalidité de longue durée par ailleurs payables au demandeur et au groupe;
- j. subsidiairement, des dommages-intérêts selon une somme égale aux prestations payables au demandeur et au groupe, qui ont été illégalement et à tort déduites, en application de l'alinéa 24a)(iv) de la partie III(B) de la police n° 901102 du RARM, des prestations d'invalidité de longue durée par ailleurs payables au demandeur et au groupe;
- k. subsidiairement à nouveau, une ordonnance de restitution;
- l. l'attribution d'une responsabilité et de dommages-intérêts généraux au titre de ce qui suit :
- i. discrimination;
 - ii. violation d'obligations fiduciaires;
 - iii. mauvaise foi.
- m. des dommages-intérêts punitifs, exemplaires et majorés;
- n. les intérêts prévus par la *Loi sur les Cours fédérales*;
- o. les dépens avocat-client afférents à la présente action;
- p. tout autre redressement que la Cour pourra juger à propos.
6. Les questions suivantes sont certifiées comme questions communes de droit ou de fait, selon le cas :
- a. L'alinéa 24a)(iv) de la partie III(B) de la police n° 901102 du RARM est-il illégal?
 - b. L'alinéa 24a)(iv) de la partie III(B) de la police n° 901102 du RARM outrepassé-t-il les pouvoirs conférés à la Couronne par la loi?

- c. Has the Crown breached the public law duty owed to the plaintiff and the class to fulfill its obligations under the *Pension Act*?
- d. Are the benefits paid to the class pursuant to the *Pension Act* unlawfully “assigned, charged, attached, anticipated, commuted or given as security” by the Crown contrary to section 30 of the *Pension Act* as a result of the application of Section 24(a)(iv) of Part III(B) of the SISIP Policy No. 901102?
- e. Does Section 24(a)(iv) of Part III(B) of the SISIP Policy No. 901102 infringe the equality rights of the class under subsection 15(1) of the Charter including their rights under subsection 15(1) to live free from discrimination in a manner that cannot be saved under section 1 of the Charter?
- f. Does the Crown owe fiduciary duties to the plaintiff and the class and has the Crown breached the fiduciary duties owed to the class by implementing Section 24(a)(iv) of Part III(B) of the SISIP Policy No. 901102?
- g. Has the Crown acted in bad faith in the implementation of Section 24(a)(iv) of Part III(B) of the SISIP Policy No. 901102?
- h. Is the class entitled to relief under section 24 of the Charter and what relief should be granted?
- i. Are damages payable by the Crown to the class for the unlawful application of the SISIP clawback and what is an appropriate amount of damages?
- j. Has the Crown unjustly enriched and is an order for restitution appropriate?
- k. Is the Crown liable for general damages for discrimination, breach of fiduciary duties and bad faith?
- l. What, if any, aggregate award is appropriate under rule 334.28 [as enacted by SOR/2007-301, s. 7] (formerly rule 299.3 [as rep. *idem*, s. 6]) of the *Federal Courts Rules*?
- m. Does the conduct of the Crown justify an award of punitive damages, and what is an appropriate amount of punitive damages?
- n. Is interest payable to the class pursuant to the *Federal Courts Act*?
- o. Should the costs of this action be awarded to the class on a solicitor-and-client basis?
- c. La Couronne a-t-elle manqué à l’obligation de droit public qu’elle a envers le demandeur et le groupe, c’est-à-dire remplir ses obligations prévues à la *Loi sur les pensions*?
- d. Les prestations payées au groupe conformément à la *Loi sur les pensions* sont-elles illégalement « cédées, grevées, saisies, payées par anticipation, substituées ou données en garantie » par la Couronne contrairement à l’article 30 de la *Loi sur les pensions*, en conséquence de l’application de l’alinéa 24a)(iv) de la partie III(B) de la police n° 901102 du RARM?
- e. L’alinéa 24a)(iv) de la partie III(B) de la police n° 901102 du RARM porte-t-il atteinte aux droits à l’égalité conférés au groupe par le paragraphe 15(1) de la Charte, notamment le droit d’être à l’abri de toute discrimination, atteinte qui ne saurait être validée par l’article premier de la Charte?
- f. La Couronne a-t-elle des obligations fiduciaires envers le demandeur et le groupe et a-t-elle manqué aux obligations fiduciaires qu’elle a envers le groupe, par suite de l’application de l’alinéa 24a)(iv) de la partie III(B) de la police n° 901102 du RARM?
- g. La Couronne a-t-elle agi de mauvaise foi dans l’application de l’alinéa 24a)(iv) de la partie III(B) de la police n° 901102 du RARM?
- h. Le groupe a-t-il droit à une réparation selon l’article 24 de la Charte, et quelle réparation devrait être accordée?
- i. Des dommages-intérêts sont-ils payables par la Couronne au groupe, en raison de l’application illégale du principe de récupération prévu dans le RARM, et quelle est la réparation adéquate?
- j. La Couronne s’est-elle enrichie sans cause, et une ordonnance de restitution est-elle justifiée?
- k. La Couronne devrait-elle être tenue de verser des dommages-intérêts généraux pour discrimination, violation d’obligations fiduciaires et mauvaise foi?
- l. Quelle réparation globale est justifiée selon la règle 334.28 [édictee par DORS/2007-301, art. 7] (anciennement la règle 299.3 [abrogée, *idem*, art. 6]) des *Règles des Cours fédérales*?
- m. La conduite de la Couronne justifie-t-elle l’attribution de dommages-intérêts punitifs, et quels devraient être, le cas échéant, le montant de ces dommages-intérêts?
- n. Des intérêts sont-ils payables au groupe selon ce que prévoit la *Loi sur les Cours fédérales*?
- o. Les dépens avocat-client de la présente action devraient-ils être accordés au groupe?

7. The following matters shall be agreed upon by the parties or, failing such agreement, as ordered by the Court upon further submissions in writing by the parties:

- a. the contents of the notice of certification;
- b. the means of giving notice to the members of the class and for allocating the costs of notification; and
- c. specifying the time and manner for class members to opt out of the class proceeding.

7. Les points suivants seront l'objet d'une entente entre les parties ou, à défaut d'entente entre les parties, seront l'objet d'une ordonnance de la Cour après dépôt de conclusions supplémentaires écrites des parties :

- a. le contenu de l'avis d'autorisation;
- b. le moyen de signifier l'avis aux membres du groupe et de répartir les frais de signification de l'avis;
- c. la fixation du délai et la modalité de non-participation des membres du groupe au recours collectif.

A-434-07
2008 FCA 182

A-434-07
2008 CAF 182

Attorney General of Canada (*Appellant*)

Procureur général du Canada (*appellant*)

v.

c.

Eugene Esquega, Brian King, Gwendoline King, Hugh King Sr., Rita King, Wayne King, Lawrence Shonias and Owen Barry (*Respondents*)

Eugene Esquega, Brian King, Gwendoline King, Hugh King Sr., Rita King, Wayne King, Lawrence Shonias et Owen Barry (*intimés*)

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

RÉPERTORIÉ : ESQUEGA c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Linden, Noël, and Ryer JJ.A — Toronto, May 8; Ottawa, May 15, 2008.

Cour d'appel fédérale, juges Linden, Noël et Ryer, J.C.A. — Toronto, 8 mai; Ottawa, 15 mai 2008.

Aboriginal Peoples — Elections — Appeal from Federal Court decision striking down in entirety Indian Act, s. 75(1) on grounds residence restriction on nominees for office of councillor unconstitutional because violating equality rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Remedy unnecessarily broad — Striking down s. 75(1) would remove requirement each candidate be “elector” as defined in s. 2(1), thereby enabling individuals under 18, non-members of band, other disqualified persons to be nominated for office — Reading-down preferable remedy as allowing non-residents to be nominated for office as mandated by Charter while maintaining definition of “electors” that is important for operation of system — Appeal allowed.

Peuples autochtones — Élections — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a annulé dans son ensemble l'art. 75(1) de la Loi sur les Indiens au motif que la restriction relative à la résidence imposée aux candidats au poste de conseiller est inconstitutionnelle parce qu'elle enfreint les droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés — La portée de la réparation est plus vaste que nécessaire — L'annulation de l'art. 75(1) aurait pour effet de supprimer l'obligation pour tout candidat d'être un « électeur » au sens de l'art. 2(1), permettant ainsi aux personnes de moins de 18 ans, non membres de la bande ou par ailleurs inaptes d'être présentées à un poste électif — L'interprétation atténuante serait préférable parce qu'elle permettrait de présenter des non-résidents à un poste électif conformément à la Charte, tout en maintenant la définition du terme « électeur », qui est importante pour le fonctionnement du système — Appel accueilli.

Constitutional Law — Remedies — Appeal from Federal Court decision striking down Indian Act, s. 75(1) on grounds residence restriction on nominees for office of councillor unconstitutional because violating equality rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Reading-down remedy involving giving statute narrow interpretation to avoid constitutional problem that would arise if statute broadly interpreted, adopted instead.

Droit constitutionnel — Recours — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a annulé l'art. 75(1) de la Loi sur les Indiens au motif que la restriction relative à la résidence imposée aux candidats au poste de conseiller est inconstitutionnelle parce qu'elle enfreint les droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés — L'interprétation atténuante, qui consiste à donner à une loi une interprétation étroite afin d'éviter les difficultés constitutionnelles qu'en causerait une interprétation large, a plutôt été adoptée.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part 1 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No.44], ss. 1, 7.

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7.

Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2(1) “elector” (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c.32, s. 1), 75(1).

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) « électeur » (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 1), 75(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REFERRED TO:

Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs), [1999] 2 S.C.R. 203; (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; 239 N.R. 1; [1999] 3 C.N.L.R. 19; 61 C.R.R. (2d) 189; *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458; (1996), 140 D.L.R. (4th) 235; [1997] 1 W.W.R. 97; 81 B.C.A.C. 243; 31 C.C.L.T. (2d) 113 203 N.R. 36; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; [1993] 8 W.W.R. 257; (1993), 35 B.C.A.C. 1; 84 C.C.C. (3d) 173; 24 C.R. (4th) 1; 17 C.R.R. (2d) 269; 159 N.R. 161; 57 W.A.C. 1; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120; (2000), 193 D.L.R. (4th) 193; [2001] 2 W.W.R. 1; 28 Admin. L.R. (3d) 1; 150 C.C.C. (3d) 1; 38 C.R. (5th) 209; 79 C.R.R. (2d) 161; 263 N.R. 203; 5 T.T.R. (2d) 161; 2000 SCC 69; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3; (2002), 219 D.L.R. (4th) 385; 49 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.R. (4th) 289; 7 C.R. (6th) 88; 99 C.R.R. (2d) 324; 295 N.R. 353; 2002 SCC 75.

AUTHORS CITED

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*. 4th ed. loose-leaf. Toronto: Carswell, 1997.

APPEAL from a Federal Court decision ([2008] 1 F.C.R. 795; (2007), 316 F.T.R. 193; [2007] 4 C.N.L.R. 71; 2007 FC 878) that the restriction in subsection 75(1) of the *Indian Act* that non-resident members of a band cannot be nominated for the office of councillor thereof was unconstitutional because it violated section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Michael G. Roach for appellant.
Chantelle J. Bryson for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Buset & Partners LLP, Thunder Bay, for respondents.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS CITÉES :

Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), [1999] 2 R.C.S. 203; *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120; 2000 CSC 69; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3; 2002 CSC 75.

DOCTRINE CITÉE

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*. 4^e éd. (feuilles mobiles). Toronto : Carswell, 1997.

APPEL de la décision ([2008] 1 R.C.F. 795; 2007 CF 878) par laquelle la Cour fédérale a statué que la restriction énoncée au paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens* selon laquelle des membres non-résidents d'une bande ne peuvent être présentés au poste de conseiller de la bande était inconstitutionnelle parce qu'elle enfreignait l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

Michael G. Roach pour l'appellant.
Chantelle J. Bryson pour les intimés.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Le sous-procureur général du Canada pour l'appellant.
Buset & Partners LLP, Thunder Bay, pour les intimés.

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] LINDEN J.A.: This is another appeal that raises the matter of the political rights of non-resident members of Indian bands following the decision of *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203.

[1] LE JUGE LINDEN, J.C.A. : Il s'agit d'un appel de plus soulevant la question des droits politiques des membres non-résidents des bandes indiennes à la suite de l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

[2] The issue involved in this litigation was whether non-resident members of the Gull Bay First Nation could be nominated for the office of councillor of the band, despite an apparent bar contained in subsection 75(1) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5. This provision provides as follows:

[2] La question en litige dans l'instance qui a donné lieu au présent appel était de savoir si les membres non-résidents de la Première Nation de Gull Bay pouvaient être présentés au poste de conseiller de bande, malgré la disposition de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 qui paraît l'interdire, soit son paragraphe 75(1), libellé comme suit :

75. (1) No person other than an elector who resides in an electoral section may be nominated for the office of councillor to represent that section on the council of the band.

75. (1) Seul un électeur résidant dans une section électorale peut être présenté au poste de conseiller pour représenter cette section au conseil de la bande.

[3] The applications Judge [[2008] 1 F.C.R. 795 (F.C.)] held that this restriction was unconstitutional as it violated section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]. In this Court, the appellant does not appeal from the merits of that decision, rather this appeal stems from the nature of constitutional remedy imposed on the parties on the basis that it is overly broad.

[3] Le juge des demandes [[2008] 1 R.C.F. 795 (C.F.)] a conclu à l'inconstitutionnalité de cette restriction, au motif qu'elle enfreint l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]. L'appellant ne conteste pas cette décision au fond devant notre Cour, mais base plutôt son appel sur la portée excessive de la réparation constitutionnelle imposée aux parties.

[4] Counsel for the appellant contends that the remedy employed by the applications Judge, striking down subsection 75(1) in its entirety, was more extensive than necessary. According to counsel for the appellant, reading down the affected parts of this provision would be more appropriate. The remedy which he suggests is as follows:

[4] L'avocat de l'appellant soutient en effet que la portée de la réparation prononcée par le juge des demandes, soit l'annulation du paragraphe 75(1) dans son ensemble, dépasse les besoins. Selon lui, il conviendrait plutôt de donner une interprétation atténuante des parties applicables de cette disposition. La mesure de réparation qu'il propose est un jugement qui se formulerait comme suit :

Subsection 75(1) of the *Indian Act* violates section 15 of the Charter and is not justified by section 1 of the Charter and is therefore invalid to the extent that it prohibits electors who do not reside on the reserve from being nominated for the office of councillor.

[TRADUCTION] Le paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens* enfreint l'article 15 de la Charte, n'est pas légitimé par application de l'article premier de celle-ci et est donc invalide, dans la mesure où il interdit aux électeurs ne résidant pas dans la réserve d'être présentés au poste de conseiller.

[5] Counsel for the respondents argue that the remedy employed by the applications Judge should be affirmed

[5] L'avocate des intimés soutient de son côté qu'il convient de confirmer la réparation prononcée par le

as it would cause less confusion than that proposed by the appellant and would encourage Parliament to undertake a legislative remedy which would ultimately be more thorough and transparent. Concern about raising the remedy issue on appeal was also expressed, but that is not seen by this Court as an impediment (*Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458).

[6] In my view, the constitutional remedy ordered by the applications Judge was unnecessarily broad. As his reasons do not indicate that the more limited and restrained remedy of reading down was considered, I am disinclined to afford him deference on the issue of remedy. The striking down of subsection 75(1) would remove the requirement that each candidate be an “elector”, as defined by subsection 2(1) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 1]. As a result, it enables individuals under 18 years of age, non-members of the band and other disqualified persons to be nominated for office. In my view, such potential problems cannot go unaddressed by this Court.

[7] Counsel for the respondents argued that the adoption of the reading-down remedy could lead to further adverse consequences where a band has more than one “electoral section”, since there could be some confusion as to whom the non-resident band councillors are elected to represent. However, we are told that such an effect would be limited to only two bands, and even then, we are further informed by counsel for the respondents that there is a convenient procedural method for these two bands to adjust their electoral system accordingly. In my view, the alleged confusion with regard to reading down the affected parts of the provision would be far less than the potential problems caused by the remedy ordered by the applications Judge.

[8] I therefore hold that the reading-down remedy should be utilized here. Professor Peter Hogg in his book *Constitutional Law of Canada* (4th ed. loose-leaf. Toronto: Carswell, 1997), has described the remedy as follows [at paragraph 37.1(g)]:

[Reading down] is a technique of judicial amendment, altering the statute to make it conform to the Constitution. . . . Reading

juge des demandes, étant donné qu’elle causerait moins de confusion que celle proposée par l’appelant et inciterait le Parlement à adopter une mesure corrective d’ordre législatif qui serait en fin de compte plus complète et plus transparente. Elle a aussi émis des doutes sur la légitimité de soulever la question de la réparation en appel, mais notre Cour ne voit là aucune difficulté (*Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458).

[6] À mon avis, la réparation constitutionnelle prononcée par le juge des demandes est de portée inutilement large. Comme son exposé des motifs n’indique pas qu’il ait envisagé la réparation plus limitée et plus mesurée de l’interprétation atténuante, je ne suis guère disposé à faire preuve de retenue à l’égard de sa décision sur la question de la réparation. L’annulation du paragraphe 75(1) aurait pour effet de supprimer l’obligation pour tout candidat d’être un « électeur », selon la définition du paragraphe 2(1) [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch.32, art.1]. Il s’ensuivrait qu’une personne de moins de 18 ans, non-membre de la bande ou par ailleurs inapte pourrait être présentée à un poste électif. À mon sens, la Cour ne peut pas ne pas tenir compte de tels problèmes éventuels.

[7] L’avocate des intimés fait valoir que l’adoption de l’interprétation atténuante comme réparation pourrait entraîner d’autres conséquences défavorables dans le cas des bandes ayant plus d’une « section électorale », puisqu’on risquerait alors de ne pas très bien savoir qui les conseillers de bande non-résidents seraient élus pour représenter. Cependant, on nous dit qu’un tel effet se limiterait à deux bandes, et l’avocate des intimées nous informe de surcroît que ces deux bandes disposent d’une procédure commode pour adapter leur système électoral à cette éventualité. À mon avis, la confusion qu’on craint de voir découler de l’interprétation atténuante des parties pertinentes de la disposition serait bien moindre que les problèmes que pourrait entraîner la réparation prononcée par le juge des demandes.

[8] Je conclus donc qu’il convient de retenir ici l’interprétation atténuante comme réparation. Peter Hogg a défini cette réparation comme suit dans son ouvrage *Constitutional Law of Canada* (4^e éd. feuilles mobiles. Toronto : Carswell, 1997) [au paragraphe 37.1(g)]:

[TRADUCTION] [L’interprétation atténuante] est une méthode de modification judiciaire des lois visant à les rendre conformes

down... involves giving a statute a narrow interpretation in order to avoid a constitutional problem that would arise if the statute were given a broad interpretation.

[9] I further note that this remedy has been employed in several analogous situations (see *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, at page 262; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, at paragraph 159; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, at paragraph 67). In this instance, this technique is preferable as it would allow non-residents to be nominated for office as mandated by the Charter, but it would also maintain the definition of “elector[s]” that is important for the operation of the system. I should note that in reaching this decision, the alternative remedy of severance was also considered, but the Court is of the view that the adoption of that option would result in other potential difficulties as well.

[10] That being the case, I am of the view that the judgment of the applications Judge should be set aside and replaced by a judgment incorporating the language proposed by counsel for the appellant as outlined in paragraph 5 above.

[11] As for a stay in this appeal, counsel for the appellant seeks some time to allow information, consultation and adjustments to be organized, preferably nine months, although he did indicate that a two-month stay would be acceptable. Counsel for the respondents insisted for a two-month stay as a maximum, so as to allow for the preliminary steps for the next election scheduled in November 2008 to be taken in light of the provision being read down. In my view, a stay of two months will ensure that the rights of these individuals are effectuated fully prior to their next election, while at the same time providing other bands with a reasonable amount of time to make the necessary adjustments for their own elections which are either already in process or about to begin.

[12] In summary, the Court will order that:

à la Constitution [...] L'interprétation atténuante [...] consiste à donner d'une loi une interprétation étroite afin d'éviter les difficultés constitutionnelles qu'en causerait une interprétation large.

[9] Je note en outre que ce mode de réparation a été retenu dans plusieurs cas analogues; voir : *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, à la page 262; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, au paragraphe 159; et *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, au paragraphe 67. Dans la présente espèce, cette formule est préférable parce qu'elle permettrait de présenter des non-résidents à un poste électif conformément à la Charte, tout en maintenant la définition du terme « électeur », qui est importante pour le fonctionnement du système. Je dois signaler que notre Cour, avant d'arriver à cette décision, a aussi envisagé la séparation comme mesure corrective possible, mais qu'elle pense que l'adoption de cette solution risquerait d'entraîner d'autres difficultés.

[10] Cela étant, je pense que le jugement du juge des demandes devrait être annulé et remplacé par un jugement formulé suivant la proposition de l'avocat de l'appelant citée plus haut au paragraphe 5.

[11] Pour ce qui concerne la question du sursis à exécution, l'avocat de l'appelant demande qu'il soit prévu un certain délai pour l'organisation des activités nécessaires d'information, de consultation et d'adaptation, de préférence de neuf mois, encore qu'il ait déclaré qu'un sursis de deux mois serait acceptable. L'avocate des intimés tient à ce que le sursis ne dépasse pas deux mois, de manière que les premières mesures préparatoires aux prochaines élections, prévues pour novembre 2008, puissent être prises en fonction de la nouvelle situation déterminée par l'interprétation atténuante. À mon sens, un sursis de deux mois permettra la mise en application intégrale des droits des personnes concernées avant les prochaines élections de leur bande, tout en donnant aux autres bandes un délai suffisant pour faire les adaptations nécessaires en vue de leurs propres élections dont la préparation est déjà en cours ou sur le point de commencer.

[12] En résumé, la Cour ordonnera :

(1) The appeal should be allowed;

1) que l'appel soit accueilli;

(2) The judgment of the applications Judge should be set aside to be replaced by the following:

2) que le jugement du juge des demandes soit annulé et remplacé par le suivant :

Subsection 75(1) of the *Indian Act* violates section 15 of the Charter and is not justified by section 1 of the Charter and is therefore invalid to the extent that it prohibits electors who do not reside on the reserve from being nominated for the office of councillor.

Le paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens* enfreint l'article 15 de la Charte, n'est pas légitimé par application de l'article premier de celle-ci et est donc invalide, dans la mesure où il interdit aux électeurs ne résidant pas dans la réserve d'être présentés au poste de conseiller.

(3) The operation of this judgment should be stayed for two months from the date of this judgment.

3) qu'il soit sursis à l'exécution de ce jugement pendant deux mois à compter de sa date;

(4) The appellant will have the costs of the appeal.

4) que les dépens de l'appel soient adjugés à l'appelant.

NOËL J.A.: I agree.

LE JUGE NOËL, J.C.A.: Je suis d'accord.

RYER J.A.: I agree.

LE JUGE RYER, J.C.A.: Je suis d'accord.

IMM-2019-07
2008 FC 694

IMM-2019-07
2008 CF 694

Shewainesch Tsegai Ugbazghi (*Applicant*)

Shewainesch Tsegai Ugbazghi (*demanderesse*)

v.

c.

Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(*défendeur*)

INDEXED AS: UGBAZGHI v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : UGBAZGHI c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.F.)

Federal Court, Dawson J. —Toronto, May 6; Vancouver, May 30, 2008.

Cour fédérale, juge Dawson—Toronto, 6 mai; Vancouver, 30 mai 2008.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Judicial review of immigration officer's refusal of application for permanent residence because applicant found to be inadmissible on security grounds under Immigration and Refugee Protection Act, s. 34(1)(f) — Respondent applying under Act, s. 87 for non-disclosure of certain pages of certified tribunal record allegedly containing confidential information constituting information that, if disclosed, would injure national security or safety of any person — S. 87 application allowed in part — Process reviewed, difficulties identified, suggestions as to improvements in practical application of process made.

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Contrôle judiciaire de la décision d'un agent d'immigration qui a refusé une demande de résidence permanente parce que la demanderesse avait été déclarée interdite de territoire pour raison de sécurité conformément à l'art. 34(1)f de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Le défendeur a demandé en vertu de l'art. 87 de la Loi l'interdiction de divulgation de certaines pages du dossier certifié du tribunal qui contenaient censément des renseignements confidentiels qui, s'ils étaient divulgués, pourraient porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui — La demande fondée sur l'art. 87 a été accueillie en partie — Examen du processus, recensement des difficultés et présentation de suggestions quant aux améliorations à apporter à l'application pratique du processus.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial review of immigration officer's refusal of application for permanent residence because applicant inadmissible on security grounds under Immigration and Refugee Protection Act, s. 34(1)(f) — Applicant, Ethiopian of Eritrean ethnicity, found to be member of Eritrean Liberation Front (ELF), organization potentially engaged in terrorism — Stating she had been a member thereof but later clarifying that member of ELF support group, not ELF — “Member” in s. 34(1)(f) must be given unrestricted, broad interpretation — Officer not solely relying on applicant's prior admission of ELF membership but also considering evidence about applicant's activities, etc. — Applicant's description of ELF support group indicating it identified with, worked to further goals, activities of ELF — S. 34(1) intended to cast wide net to cover broad range of conduct — Test for inadmissibility whether “there are reasonable grounds to believe” that foreign national was member of organization that “there are reasonable grounds to believe” engages, has engaged, or will engage in acts of terrorism — Officer's decision not unreasonable — Application dismissed.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Contrôle judiciaire de la décision d'un agent d'immigration qui a refusé une demande de résidence permanente parce que la demanderesse avait été déclarée interdite de territoire pour raison de sécurité conformément à l'art. 34(1)f de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — La demanderesse, une citoyenne de l'Éthiopie d'origine érythréenne, a été reconnue comme membre du Front de libération de l'Érythrée (FLE), une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle s'est livrée au terrorisme — La demanderesse a déclaré qu'elle avait été membre du FLE, mais elle a précisé par la suite qu'elle était membre d'un groupe de soutien du FLE, pas du FLE — Le mot « membre » paraissant à l'art. 34(1)f doit recevoir une interprétation large et libérale — L'agent ne s'est pas seulement fondé sur l'aveu antérieur de la demanderesse concernant son appartenance au FLE; il a également tenu compte de ses activités, etc. — Selon la description que la demanderesse a donnée du groupe de soutien du FLE, ce groupe a adhéré aux objectifs et activités du FLE et a contribué à atteindre ses objectifs et

à promouvoir ses activités — L'art. 34(1) vise à ratisser très large afin de couvrir une large gamme de comportements — Le critère relatif à l'interdiction de territoire consiste à déterminer s'il y a des « motifs raisonnables de croire » qu'un ressortissant étranger était membre d'une organisation dont il y a des « motifs raisonnables de croire » qu'elle est, a été ou sera l'auteur d'un acte de terrorisme — La décision de l'agent n'était pas déraisonnable — Demande rejetée.

This was an application for judicial review of an immigration officer's decision refusing the applicant's application for permanent residence because she was found to be inadmissible on security grounds under paragraph 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. The applicant, an Ethiopian of Eritrean ethnicity, was found to be a member of the Eritrean Liberation Front (ELF), an organization that there are reasonable grounds to believe has engaged in terrorism. The applicant stated in her personal information form and in other instances that she had been a member of the ELF. Later, in a statutory declaration that she submitted to the officer, she clarified that she was not a member of the ELF but rather a member of an ELF support group. She also mentioned that after the group apparently disbanded in 1981, she had no further involvement with the ELF. She applied for permanent resident status from within Canada and was provided with an opportunity to address the officer's concerns about her involvement with the ELF. After leave for judicial review was granted, the respondent applied under section 87 of the Act for the non-disclosure of 7 pages of the 257-page certified tribunal record that contained redactions.

Held, the section 87 application should be allowed in part; the application for judicial review should be dismissed.

Four of the seven pages were disclosed in their entirety; the remaining three pages contained redactions because the disclosure thereof would be injurious to national security or endanger the safety of a person.

The section 87 application process was recently amended to provide for the protection of information considered in an application for permanent residence made from within Canada. Typically, in a section 87 application, the confidential information which the Minister seeks to have redacted is information which, if disclosed, would injure national security or the safety of any person. The section 87 application is usually supported by a public affidavit and a secret affidavit prepared by different counsel. This can cause difficulties such as delay and claims to protect information previously disclosed. The process could be improved if the deponent and counsel who are seeking to protect information had available to them the information that already appears on the public record and if the deponent was assisted by someone exercising

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision d'un agent d'immigration qui a refusé la demande de résidence permanente de la demanderesse parce que cette dernière avait été déclarée interdite de territoire pour raison de sécurité conformément à l'alinéa 34(1)f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. La demanderesse, une citoyenne de l'Éthiopie d'origine érythréenne, a été reconnue comme membre du Front de libération de l'Érythrée (FLE), une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle s'est livrée au terrorisme. La demanderesse a déclaré dans son formulaire de renseignements personnels et à d'autres occasions qu'elle avait été membre du FLE. Par la suite, elle a précisé dans une déclaration solennelle qu'elle a faite devant l'agent qu'elle n'était pas membre du FLE, mais plutôt d'un groupe de soutien du FLE. En outre, elle a affirmé ne pas avoir eu de liens avec le FLE après la dissolution de ce groupe en 1981. Elle a soumis une demande de résidence permanente présentée depuis le Canada et a eu la possibilité de répondre aux préoccupations de l'agent quant à ses liens avec le FLE. Après que la demande de contrôle judiciaire a été autorisée, le défendeur a demandé en vertu de l'article 87 de la Loi l'interdiction de divulgation de sept pages du dossier certifié de 257 pages du tribunal dont certains renseignements avaient été expurgés.

Jugement : la demande fondée sur l'article 87 doit être accueillie en partie; la demande de contrôle judiciaire doit être rejetée.

Quatre des sept pages ont été divulguées dans leur intégralité. Les trois autres pages ont été expurgées parce que leur divulgation pourrait porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

Le processus de l'article 87 a été modifié récemment pour protéger les renseignements examinés dans le cadre d'une demande de résidence permanente présentée depuis le Canada. En règle générale, dans le cadre d'une demande fondée sur l'article 87, les renseignements confidentiels que le ministre veut faire expurger sont des renseignements qui, s'ils étaient divulgués, pourraient porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. Un affidavit public et un affidavit secret rédigés par différents avocats appuient habituellement une demande fondée sur l'article 87. Cela peut entraîner des difficultés comme des retards et la présentation de demandes en vue de protéger des renseignements qui ont déjà été divulgués. Le processus serait amélioré si le déclarant et l'avocat qui cherchent à

quality control to ensure that information is not disclosed in one case but protected in another. In a section 87 application a secret affidavit should attach, in unredacted form, each page of the certified tribunal record that contains redactions. It may also contain expert opinion evidence as to why the redactions are necessary. General legal argument should be contained in the written representations filed on the public record. As a general principle, legal argument made in the *in camera*, *ex parte* hearing should be so related to the specific content of the redactions that the argument could not be made in public without risking disclosure of the confidential information.

Although the word “member” is not defined in the Act, the word is to be given an unrestricted and broad interpretation. The officer committed no reviewable error by concluding that the applicant was a member of the ELF because he did not just rely on the applicant’s prior admission of membership. He also considered her activities (meetings, distribution of ELF materials, etc.), which he concluded amounted to membership since they furthered the goals of that organization. Although the officer did not directly deal with the applicant’s repeated statements in her statutory declaration that she had been a member of an ELF support group, and not the ELF, he nonetheless considered the evidence that independently led to a conclusion of membership, and his decision was not unreasonable. Based on the applicant’s description of that separate group, the existence of which was not confirmed by evidence, it appears to have completely identified with, and worked to further the goals and activities of the ELF. The weighing of factors supporting a membership finding against those pointing away from membership is within the officer’s expertise.

Subsection 34(1) of the Act is intended to cast a wide net in order to capture a broad range of conduct that is inimical to Canada’s interests. Parliament’s intent is further reflected in section 33 of the Act, which requires that the facts that constitute inadmissibility include facts that “there are reasonable grounds to believe” occurred. Therefore, the test for inadmissibility is whether “there are reasonable grounds to believe” that a foreign national was a member of an organization that “there are reasonable grounds to believe” engages, has engaged, or will engage in acts of terrorism.

protéger des renseignements avaient à leur disposition les renseignements qui figurent déjà au dossier public et si le déclarant était aidé par quelqu’un qui veille au contrôle de la qualité afin de s’assurer que les renseignements ne soient pas divulgués dans un cas mais protégés dans un autre. Dans le cadre d’une demande fondée sur l’article 87, un affidavit secret devrait avoir en annexe, sous une forme non expurgée, chaque page du dossier certifié du tribunal qui comporte des expurgations. Il peut aussi contenir le témoignage d’un expert expliquant les raisons pour lesquelles les expurgations sont nécessaires. Les observations écrites déposées au dossier public devraient comporter des arguments juridiques généraux. En règle générale, les arguments juridiques invoqués lors de l’audience à huis clos et *ex parte* devraient être à ce point liés à la teneur précise des expurgations qu’ils ne pourraient être invoqués en public sans risquer de divulguer des renseignements confidentiels.

Bien que le mot « membre » ne soit pas défini dans la Loi, il doit recevoir une interprétation large et libérale. L’agent n’a commis aucune erreur susceptible de contrôle lorsqu’il a conclu que la demanderesse était un membre du FLE parce qu’il ne s’est pas seulement fondé sur l’aveu antérieur de la demanderesse concernant sa qualité de membre. L’agent a également tenu compte de ses activités (réunions, distribution de documents du FLE, etc.) qui, selon lui, correspondaient à être membre puisqu’elles contribuaient à atteindre les objectifs de l’organisation. Bien que l’agent ne se soit pas prononcé expressément sur les affirmations répétées dans la déclaration solennelle de la demanderesse selon lesquelles elle avait été membre d’un groupe de soutien du FLE, pas du FLE, il a néanmoins tenu compte des éléments de preuve qui menaient indépendamment à la conclusion d’appartenance au FLE, et sa décision n’était pas déraisonnable. À la lumière de la description que la demanderesse a donnée de ce groupe distinct, dont l’existence n’a pas été confirmée par des éléments de preuve, ce groupe a adhéré entièrement aux objectifs et activités du FLE et a contribué à atteindre ses objectifs et à promouvoir ses activités. Il appartient à l’agent, de par sa spécialisation, d’apprécier les facteurs qui permettraient de conclure qu’il y avait appartenance par rapport à ceux qui autorisaient une conclusion contraire.

Le paragraphe 34(1) de la Loi vise à ratisser très large afin de couvrir une large gamme de comportements qui vont à l’encontre des intérêts du Canada. L’intention du législateur se reflète également à l’article 33 de la Loi, qui exige que les faits — actes ou omissions — soient appréciés sur la base de « motifs raisonnables de croire » qu’ils sont survenus. Par conséquent, le critère relatif à l’interdiction de territoire consiste à déterminer s’il y a des « motifs raisonnables de croire » qu’un ressortissant étranger était membre d’une organisation dont il y a des « motifs raisonnables de croire » qu’elle est, a été ou sera l’auteur d’un acte de terrorisme.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 25, 33, 34, 78 (as am. by S.C. 2005, c. 10, s. 34(E)), 83(1) (as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4), 87 (as am. *idem*).
Bill C-3, *An act to amend the Immigration and Refugee Protection Act (certificate and special advocate) and to make a consequential amendment to another act*, 2nd Sess., 39th Parl., 2008 (Royal Assent, February 14, 2008), cl. 10.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Beraki v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2007), 68 Imm. L.R. (3d) 189; 2007 FC 1360; *Poshteh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 487; (2005), 252 D.L.R. (4th) 316; 331 N.R. 129; 29 Admin. L.R. (4th) 21; 129 C.R.R. (2d) 18; 46 Imm. L.R. (3d) 1; 2005 FCA 85; *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190; (2008) 329 N.B.R. (2d) 1; 291 D.L.R. (4th) 577; 69 Admin. L.R. (4th) 1; 64 C.C.E.L. (3d) 1; 69 Imm. L.R. (3d) 1; 170 L.A.C. (4th) 1; 372 N.R. 1; 2008 SCC 9.

CONSIDERED:

Gariev v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2004 FC 531.

REFERRED TO:

Mohammed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2007] 4 F.C.R. 300; (2006), 302 F.T.R. 184; 57 Imm. L.R. (3d) 105; 2006 FC 1310; *Naeem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 4 F.C.R. 658; (2007), 308 F.T.R. 256; 60 Imm. L.R. (3d) 221; 2007 FC 123; *R. v. Graat*, [1982] 2 S.C.R. 819; (1982), 44 D.L.R. (3d) 267; 45 N.R. 451; 2 C.C.C. (3d) 365; 31 C.R. (3d) 289; 18 M.V.R. 287.

AUTHORS CITED

Paciocco, D. M. and L. Stuesser. *The Law of Evidence*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2005.

APPLICATION for judicial review of an immigration officer's decision refusing the applicant's application for permanent residence because she was found to be inadmissible on security grounds under paragraph 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application dismissed.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 25, 33, 34, 78 (mod. par L.C. 2005, ch. 10, art. 34(A)), 83(1) (mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4), 87 (mod., *idem*).
Projet de loi C-3, *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence*, 2^e sess., 39^e lég., 2008 (sanctionné le 14 février 2008), art. 10.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Beraki c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2007 CF 1360; *Poshteh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 487; 2005 CAF 85; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190; (2008), 329 R.N.-B. (2^e) 299; 2008 CSC 9.

DÉCISION EXAMINÉE :

Gariev c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2004 CF 531.

DÉCISIONS CITÉES :

Mohammed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2007] 4 R.C.F. 300; 2006 CF 1310; *Naeem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 4 R.C.F. 658; 2007 CF 123; *R. c. Graat*, [1982] 2 R.C.S. 819.

DOCTRINE CITÉE

Paciocco, D. M. et L. Stuesser. *The Law of Evidence*, 4^e éd. Toronto : Irwin Law, 2005.

DEMANDE de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision d'un agent d'immigration qui a refusé la demande de résidence permanente de la demanderesse parce que cette dernière a été déclarée interdite de territoire pour raison de sécurité conformément à l'alinéa 34(1)f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande rejetée.

APPEARANCES:

Micheal T. Crane for applicant.
Martin E. Anderson and *André Seguin* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Micheal T. Crane, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] DAWSON J.: Shewainesch Tsegai Ugbazghi is a citizen of Ethiopia who has been found to be a Convention refugee in Canada. She brings this application for judicial review of the decision of an officer that later refused her application for permanent residence. The application was refused because Ms. Ugbazghi was found to be inadmissible on security grounds under paragraph 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (Act). Specifically, Ms. Ugbazghi was found to be a member of the Eritrean Liberation Front (ELF), an organization that, there are reasonable grounds to believe, has engaged in terrorism. Section 34 of the Act, as well as sections 25 and 33, and subsection 83(1) [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] are set out in Appendix A to these reasons.

[2] These reasons deal with the Minister's application under section 87 [as am., *idem*] of the Act for the non-disclosure of certain information contained in the certified tribunal record and also with the merits of Ms. Ugbazghi's application. In these reasons, I discuss the section 87 process and conclude that the application for judicial review should be dismissed because the officer's decision was not unreasonable.

The Section 87 Application

[3] On February 22, 2008, an amendment to section 87 [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of the Act came into force. As amended, section 87 now provides that:

ONT COMPARU :

Micheal T. Crane pour la demanderesse.
Martin E. Anderson et *André Seguin* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Micheal T. Crane, Toronto, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LA JUGE DAWSON: Shewainesch Tsegai Ugbazghi est une citoyenne de l'Éthiopie qui s'est vue accorder le statut de réfugiée au sens de la Convention au Canada. Elle introduit la présente demande de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision d'un agent qui, par la suite, a refusé sa demande de résidence permanente. La demande a été refusée parce que M^{me} Ugbazghi a été déclarée interdite de territoire pour raison de sécurité conformément à l'alinéa 34(1)f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (Loi). Plus particulièrement, M^{me} Ugbazghi a été reconnue comme membre du Front de libération de l'Érythrée (FLE), une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle s'est livrée au terrorisme. L'article 34 de la Loi, ainsi que les articles 25 et 33, et le paragraphe 83(1) [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] sont reproduits à l'annexe A des présents motifs.

[2] Les présents motifs traitent de la demande du ministre fondée sur l'article 87 [mod., *idem*] de la Loi relativement à l'interdiction de la divulgation de certains renseignements contenus dans le dossier certifié du tribunal, ainsi que du bien-fondé de la demande de M^{me} Ugbazghi. Dans les présents motifs, j'analyse la procédure prévue à l'article 87 et j'arrive à la conclusion que la demande de contrôle judiciaire devrait être rejetée au motif que la décision de l'agent n'était pas déraisonnable.

Demande fondée sur l'article 87

[3] Le 22 février 2008, une modification apportée à l'article 87 [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] de la Loi est entrée en vigueur. La version actuelle de l'article 87 prévoit ce qui suit :

87. The Minister may, during a judicial review, apply for the non-disclosure of information or other evidence. Section 83—other than the obligations to appoint a special advocate and to provide a summary—applies to the proceeding with any necessary modifications.

[4] The relevant transitional provision, section 10 of Bill C-3,¹ provides that the amendment to section 87 applies to a proceeding, such as this one, that was pending before February 22, 2008, and was one in which an application had been made under then section 87 of the Act.

[5] By this amendment, the government cured the earlier legislative oversight that had made no provision for protecting information considered in an application for permanent residence made from within Canada. This gap had been filled by the Court applying the procedure then existing under section 78 [as am. by S.C. 2005, c. 10, s. 34(E)] of the Act. See: *Mohammed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 4 F.C.R. 300 (F.C.), and *Naeem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 4 F.C.R. 658 (F.C.), at paragraphs 13 to 18.

[6] The process followed under section 87 of the Act was described in general terms by the Court in *Gariev v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 531. In these reasons, I wish to deal more fully with the nature of the information filed in a section 87 application.

[7] On the public record, the Minister files a notice of motion seeking relief under section 87 of the Act. This is usually supported by an affidavit and by written submissions, all filed on the public record. The public affidavit filed in this case is attached as Appendix B to these reasons.

[8] Typically, the public affidavit states that the certified tribunal record contains both redacted (the confidential information) and unredacted information. The confidential information is said to be information which, if disclosed, would injure national security or the

87. Le ministre peut, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, demander l'interdiction de la divulgation de renseignements et autres éléments de preuve. L'article 83 s'applique à l'instance, avec les adaptations nécessaires, sauf quant à l'obligation de nommer un avocat spécial et de fournir un résumé.

[4] La disposition transitoire pertinente, l'article 10 du projet de loi C-3¹, prévoit que la modification apportée à l'article 87 s'applique à toute instance, comme celle de l'espèce, qui a été instruite avant le 22 février 2008 et à l'égard de laquelle aucune décision n'a été prise, et au cours de laquelle a été faite une demande au titre de l'article 87 de la Loi.

[5] Grâce à cette modification, le gouvernement a remédié à l'oubli antérieur du législateur qui n'avait prévu aucune disposition visant à protéger les renseignements examinés dans le cadre d'une demande de résidence permanente présentée depuis le Canada. La Cour avait pallié cette lacune en appliquant la procédure qui existait alors en vertu de l'article 78 [mod. par L.C. 2005, ch. 10, art. 34(A)] de la Loi. Voir : *Mohammed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 4 R.C.F. 300 (C.F.), et *Naeem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 4 R.C.F. 658 (C.F.), aux paragraphes 13 à 18.

[6] Le processus suivi conformément à l'article 87 de la Loi a été décrit en termes généraux par la Cour dans *Gariev c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 531. Dans les présents motifs, je souhaite faire une analyse plus approfondie de la nature des renseignements communiqués dans une demande fondée sur l'article 87.

[7] Le ministre dépose au dossier public un avis de requête visant à obtenir une dispense en vertu de l'article 87 de la Loi, lequel est habituellement appuyé par un affidavit et par des observations écrites, tous déposés au dossier public. L'affidavit public déposé en l'espèce constitue l'annexe B des présents motifs.

[8] En règle générale, l'affidavit public indique que le dossier certifié du tribunal contient des renseignements expurgés (les renseignements confidentiels) ainsi que des renseignements non expurgés. Les renseignements confidentiels sont décrits comme des renseignements

safety of any person. The deponent of the public affidavit, again typically, has no knowledge about the content of the confidential information.

[9] A second, secret affidavit is filed in confidence. That affidavit is sworn by someone who is said to have personal knowledge of the matters at issue. The secret affidavit is typically divided into three parts. The first part refers to the general principles that govern the non-disclosure of information under what are now paragraph 83(1)(d) and section 87 of the Act. Publicly available jurisprudence may be referred to or cited. The second part of the secret affidavit consists of all of the pages of the certified tribunal record that have been redacted, but in an unredacted form. The final part of the secret affidavit consists of the deponent's evidence as to why, in the opinion of the deponent, each redaction is necessary in order to protect national security or the safety of any person.

[10] The public and secret affidavits are prepared by different counsel within the Department of Justice. The public affidavit is prepared by a lawyer with carriage of the immigration proceeding. The secret affidavit is prepared by counsel with the requisite security clearance.

[11] The bifurcation of the section 87 application between counsel creates difficulties. In my experience, one difficulty caused by this is that there is often delay in bringing section 87 applications. Chief Justice Lutfy has previously commented on this. In *Beraki v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2007), 68 Imm. L.R. (3d) 189 (F.C.), he wrote at paragraphs 7 through 9:

Section 87 of the *Immigration and Refugee Protection Act* is the statutory provision which allows the respondent to apply for the non-disclosure of information in the tribunal record during the judicial review proceeding in this Court. Some *obiter* comments concerning the Court's recent experience may be in order, keeping in mind that they are made without the benefit of argument from both counsel.

qui, s'ils étaient divulgués, pourraient porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. Par ailleurs, en règle générale, l'auteur de l'affidavit public n'est pas au courant de la teneur des renseignements confidentiels.

[9] Un second affidavit, secret celui-là, est déposé à titre confidentiel. Cet affidavit est signé par quelqu'un qui est censé avoir une connaissance personnelle des questions en litige. En règle générale, l'affidavit secret est divisé en trois parties. La première partie renvoie aux principes généraux qui régissent l'interdiction de la divulgation de renseignements en application des dispositions qui constituent maintenant l'alinéa 83(1)d) et l'article 87 de la Loi. Les décisions publiées peuvent être citées ou invoquées. La deuxième partie de l'affidavit secret est constituée de toutes les pages du dossier certifié du tribunal qui ont été expurgées, mais sous une forme non expurgée. La dernière partie de l'affidavit secret consiste en le témoignage du déclarant expliquant les raisons pour lesquelles, de l'avis du déclarant, chaque expurgation est nécessaire afin de protéger la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui.

[10] L'affidavit public et l'affidavit secret sont rédigés par différents avocats du ministère de la Justice. L'affidavit public est rédigé par l'avocat en charge de l'instance en immigration. L'affidavit secret est rédigé par un avocat ayant la cote de sécurité requise.

[11] Le fait de diviser entre différents avocats la demande fondée sur l'article 87 entraîne des difficultés. D'après mon expérience, l'une des difficultés qui en résultent consiste en des retards fréquents à présenter les demandes fondées sur l'article 87. Le juge en chef Lutfy a déjà formulé des observations à ce sujet. Dans *Beraki c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 1360, il a écrit aux paragraphes 7 à 9 :

L'article 87 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* est la disposition législative qui permet au défendeur de demander à la Cour d'interdire, pendant toute la durée de l'instance en contrôle judiciaire, la divulgation de tout renseignement versé au dossier de la Commission. Il convient de formuler quelques observations incidentes au sujet de l'expérience récente de la Cour en la matière, en faisant remarquer que la Cour les exprime sans avoir eu l'avantage d'entendre les arguments des deux avocats.

First, the respondent must endeavour to seek relief under section 87 in a more timely matter. In this proceeding and in others, the application under section 87 is made on such a late date that the substantive hearing on the judicial review must be rescheduled. This is not consistent with the good administration of justice.

Second, part of the delay may result from the limited, if any, communication between counsel for the respondent in the judicial review proceeding and counsel representing the government institution, often the Canadian Security Intelligence Service, seeking the non-disclosure of information. Enhanced communication between these two government counsel can only improve the procedural aspects of a section 87 application. [Emphasis added.]

[12] I adopt those comments. In this proceeding, leave was granted by an order dated November 22, 2007, which set the matter for hearing on February 14, 2008. The section 87 application was filed on January 31, 2008. This necessitated adjournment of the hearing from February 14, 2008, to May 6, 2008. An *in camera* and *ex parte* hearing date was set in respect of the section 87 application for March 11, 2008. Ms. Ugbazghi declined a public hearing in respect of the section 87 application.

[13] A second difficulty created by the bifurcation of the matter between counsel is that, in my experience, counsel involved in the preparation of the secret affidavit do not have a copy of the public certified tribunal record. This has resulted in claims being made to protect information that has previously been disclosed. See, for example, *Gariev*, cited above, at paragraph 10, and the Court's direction of December 19, 2006, in IMM-1004-06.

[14] The process would be improved if the deponent and the counsel who are seeking to protect information had available to them the information that already appears on the public record.

[15] Turning to the *in camera*, *ex parte* hearing held on March 11, 2008, the deponent of the secret affidavit gave *viva voce* evidence at that hearing with respect to the 7 pages of the 257-page certified tribunal record that

Premièrement, le défendeur doit s'efforcer de faire davantage diligence pour réclamer la réparation prévue à l'article 87. Dans le cas de la présente instance et d'autres instances, la demande fondée sur l'article 87 a été présentée à ce point tardivement que la date d'audience sur le fond de la demande de contrôle judiciaire a dû être fixée de nouveau, ce qui va à l'encontre de la saine administration de la justice.

Deuxièmement, une partie du retard s'explique par les communications limitées, voire inexistantes, entre l'avocat qui représente le défendeur dans l'instance en contrôle judiciaire et l'avocat qui représente l'institution fédérale compétente, le plus souvent le Service canadien du renseignement de sécurité, qui réclame l'interdiction de divulguer certains renseignements. Une meilleure communication entre ces deux avocats du gouvernement ne peut que favoriser le bon déroulement de la procédure en ce qui concerne la demande fondée sur l'article 87. [Non souligné dans l'original.]

[12] Je fais miens ces propos. En l'espèce, l'autorisation a été accordée par une ordonnance rendue le 22 novembre 2007, laquelle prévoyait l'audition de l'instance le 14 février 2008. La demande fondée sur l'article 87 a été déposée le 31 janvier 2008, ce qui a nécessité l'ajournement de l'audience du 14 février 2008 au 6 mai 2008. La date de l'audience à huis clos et *ex parte* relativement à la demande fondée sur l'article 87 a été fixée au 11 mars 2008. M^{me} Ugbazghi a refusé la tenue d'une audience publique relativement à la demande fondée sur l'article 87.

[13] Une seconde difficulté résultant de la division de l'instance entre différents avocats est que, d'après mon expérience, l'avocat qui s'occupe de rédiger l'affidavit secret n'a pas de copie du dossier public certifié du tribunal. Cela a entraîné la présentation de demandes en vue de protéger des renseignements qui ont déjà été divulgués. Voir, par exemple, *Gariev*, précité, au paragraphe 10, ainsi que la directive de la Cour en date du 19 décembre 2006, dans le dossier IMM-1004-06.

[14] Le processus serait amélioré si le déclarant et l'avocat qui cherchent à protéger des renseignements avaient à leur disposition les renseignements qui figurent déjà au dossier public.

[15] En ce qui a trait à l'audience à huis clos et *ex parte* tenue le 11 mars 2008, l'auteur de l'affidavit secret a témoigné de vive voix à l'audience relativement aux 7 pages du dossier certifié de 257 pages du tribunal dont

contained redactions. I raised with the deponent two general issues.

[16] The first issue was whether the redactions sought in this case were consistent with redactions sought in other cases. A secret affidavit filed in another, unrelated section 87 application was placed before the deponent. It appeared that information had been made public in that case which the Minister sought to redact in this case.

[17] The second issue was the extent to which redactions were sought concerning information that had previously been disclosed on the public record.

[18] A third issue, raised with counsel, was that the secret affidavit contained information that, in my view, could have appeared on the public record. Of particular concern were general statements of principle and quotations from publicly available jurisprudence that appeared in the first part of the secret affidavit. Specific reference was made by the Court to Chief Justice Lutfy's comments, at paragraph 10 in *Beraki*. There, he wrote:

Third, in this proceeding at least, substantial portions of the deponent's secret affidavit should have been filed on the public record, as the deponent herself acknowledged on examination during the *ex parte* hearing. In the future, all interested persons will want to assure that the open court principle is more closely adhered to in section 87 matters. [Emphasis added.]

[19] The *in camera*, *ex parte* hearing was adjourned pending receipt of further information from the Minister. Further information and submissions were provided by letter dated March 31, 2008. In response, I directed further inquiries to counsel for the Minister. The response was provided by letter dated April 15, 2008. Thereafter, for reasons to be delivered in writing together with the reasons relating to the application for judicial review, an order issued on April 21, 2008, allowing the section 87 application in part.

certain renseignements ont été expurgés. J'ai porté à l'attention du déclarant deux questions générales.

[16] La première question consistait à savoir si les expurgations demandées en l'espèce correspondaient aux expurgations demandées dans d'autres affaires. Un affidavit secret déposé dans le cadre d'une autre demande fondée sur l'article 87, sans lien avec l'espèce, a été présenté au déclarant. Il ressort que le ministre voulait expurger en l'espèce des renseignements qui ont été rendus publics dans cette affaire.

[17] La seconde question consistait à savoir dans quelle mesure les expurgations demandées concernaient des renseignements qui avaient déjà été divulgués dans le dossier public.

[18] Une troisième question, portée à l'attention de l'avocat, était que l'affidavit secret contenait des renseignements qui, à mon avis, auraient pu figurer au dossier public. Cela concernait notamment des énoncés de principe généraux et des citations tirés de décisions publiées qui figuraient dans la première partie de l'affidavit secret. La Cour a mentionné expressément les observations formulées par le juge en chef Lutfy, au paragraphe 10 dans *Beraki*, où il a écrit ce qui suit :

Troisièmement, dans la présente instance du moins, d'importantes parties de l'affidavit secret de la déclarante auraient dû être versées au dossier public, comme la déclarante l'a elle-même reconnu lors de son interrogatoire à l'audience *ex parte*. À l'avenir, tous les intéressés voudront certainement que le principe de la publicité des débats soit mieux respecté dans le cadre des demandes présentées en vertu de l'article 87. [Non souligné dans l'original.]

[19] L'audience à huis clos et *ex parte* a été ajournée en attendant de recevoir d'autres renseignements de la part du ministre. D'autres renseignements et observations ont été transmis par lettre en date du 31 mars 2008. En réponse, j'ai ordonné aux avocats du ministre de fournir de plus amples renseignements. Leur réponse a été transmise par lettre en date du 15 avril 2008. Par la suite, pour les motifs qui seront présentés par écrit en même temps que les motifs se rapportant à la demande de contrôle judiciaire, une ordonnance a été rendue le 21 avril 2008, qui accueillait en partie la demande fondée sur l'article 87.

[20] Specifically, four of the seven pages were disclosed in their entirety. The remaining three pages contained redactions, but some additional information was disclosed on each page. Where information remained redacted, I was satisfied that its disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person.

[21] In future, the section 87 process would be improved if the deponent was assisted by someone exercising quality control to ensure that information is not disclosed in one case but protected in another.

[22] The April 21, 2008, order also required counsel for the Minister to disclose to counsel for the applicant, verbatim, the legal submissions made in counsel's letter of March 31, 2008. Those submissions were directed to the propriety of placing in a secret affidavit information that could be publicly disclosed without endangering national security or the safety of any person. The order requested that oral submissions on this issue be made at the hearing of the application for judicial review.

[23] Turning to the legal submissions, counsel for the Minister's position may be summarized as follows:

- a public version of the secret affidavit would not be filed;
- there are legitimate exceptions to the open court principle;
- a legitimate, statutory exception is found in section 87 of the Act, which specifically provides that no summary of the secret information is to be provided;
- providing a redacted version of the secret affidavit would be akin to providing a summary; and
- the secret affidavit should remain secret in its entirety.

[24] With respect, neither the Chief Justice in *Beraki* nor I in this proceeding suggested that section 87,

[20] Plus particulièrement, quatre des sept pages ont été divulguées dans leur intégralité. Les trois autres pages ont été expurgées, mais certains renseignements supplémentaires ont été divulgués sur chaque page. Lorsque les renseignements sont demeurés expurgés, j'étais convaincue que leur divulgation pourrait porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

[21] À l'avenir, le processus de l'article 87 serait amélioré si le déclarant était aidé de quelqu'un qui veille au contrôle de la qualité afin de s'assurer que les renseignements ne soient pas divulgués dans un cas mais protégés dans un autre.

[22] L'ordonnance rendue le 21 avril 2008 obligeait également les avocats du ministre à divulguer, mot à mot, à l'avocat de la demanderesse les arguments juridiques formulés dans la lettre de l'avocat en date du 31 mars 2008. Ces arguments portaient sur la pertinence de mettre dans un affidavit secret des renseignements qui pourraient être divulgués au public sans porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. L'ordonnance demandait de formuler verbalement des observations à ce sujet lors de l'audition de la demande de contrôle judiciaire.

[23] En ce qui a trait aux arguments juridiques, la position des avocats du ministre peut se résumer comme suit :

- une version publique de l'affidavit secret ne serait pas déposée;
- il existe des exceptions légitimes au principe de la publicité des débats judiciaires;
- une exception légale légitime figure à l'article 87 de la Loi, lequel prévoit expressément qu'aucun résumé de renseignements secrets ne sera fourni;
- fournir une version expurgée de l'affidavit secret équivaldrait à fournir un résumé;
- l'affidavit secret devrait demeurer secret dans son intégralité.

[24] En toute déférence, ni le juge en chef dans *Beraki* ni moi-même en l'espèce n'avons laissé entendre que

properly applied, was not a legitimate statutory exception to the open court principle. Nor did we suggest that a summary of genuinely secret information should be provided.

[25] Our comments were directed to the facts that:

- as a general principle, disclosure of information is presumptive in our courts;
- section 87 displaces that general presumption and introduces an exception; and
- that exception is a direction by Parliament to the Court to ensure the confidentiality of information or evidence where, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person.

[26] It follows that there is no basis in law for placing general legal argument based on public jurisprudence in a secret affidavit.

[27] The practice, in my respectful view, is improper for two reasons. First, that type of information can be disclosed without endangering national security or anyone's safety. It is, therefore, not protected by subsection 83(1) of the Act. Second, as a general principle, affidavits are to deal in matters of fact—not law. Domestic law is not a subject about which a Canadian court will receive opinion evidence. See: *R. v. Graat*, [1982] 2 S.C.R. 819. See also: Paciocco and Stuesser, *The Law of Evidence*, 4th ed. (Toronto: Irwin Law, 2005), at page 176.

[28] In an attempt to provide assistance, I suggest that, in a section 87 application, a secret affidavit should attach, in unredacted form, each page of the certified tribunal record that contains redactions. It may also contain expert opinion evidence as to why the redactions are necessary. General legal argument should be contained in the written representations filed on the public record. As a general principle, legal argument made in the *in camera*, *ex parte* hearing should be so

l'article 87, correctement appliqué, ne constituait pas une exception légale légitime au principe de la publicité des débats judiciaires. Nous n'avons pas non plus laissé entendre qu'un résumé de renseignements réellement secrets devrait être fourni.

[25] Nos commentaires portaient sur les faits suivants :

- en règle générale, la divulgation de renseignements est présumée devant nos tribunaux;
- l'article 87 écarte cette présomption générale et crée une exception;
- cette exception est une directive du législateur à l'intention de la Cour afin de s'assurer de la confidentialité des renseignements ou des éléments de preuve lorsque, de l'avis du juge, leur divulgation pourrait porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

[26] Il s'ensuit qu'il n'existe aucun fondement juridique pour mettre dans un affidavit secret des arguments juridiques généraux fondés sur des décisions publiées.

[27] À mon humble avis, cette pratique est irrégulière pour deux motifs. Premièrement, les renseignements de ce genre peuvent être divulgués sans porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. Par conséquent, ils ne sont pas protégés par le paragraphe 83(1) de la Loi. Deuxièmement, en règle générale, les affidavits traitent de questions de fait — non de droit. Un tribunal canadien ne recevra pas de témoignage d'opinion au sujet du droit interne. Voir : *R. c. Graat*, [1982] 2 R.C.S. 819. Voir également : Paciocco et Stuesser, *The Law of Evidence*, 4^e éd. (Toronto : Irwin Law, 2005), à la page 176.

[28] Dans le but d'aider, je propose que, dans le cadre d'une demande fondée sur l'article 87, un affidavit secret ait en annexe, sous une forme non expurgée, chaque page du dossier certifié du tribunal qui comporte des expurgations. Il peut aussi contenir le témoignage d'un expert expliquant les raisons pour lesquelles les expurgations sont, à son avis, nécessaires. Les observations écrites déposées au dossier public devraient comporter des arguments juridiques généraux. En règle

related to the specific content of the redactions that the argument could not be made in public without risking disclosure of the confidential information.

[29] I now turn to the merits of the application for judicial review.

The Application for Judicial Review

[30] Ms. Ugbazghi is a citizen of Ethiopia of Eritrean ethnicity. In 1977, she joined what she now characterizes to be a support group of the ELF. As a member of this group, she distributed written materials, participated in meetings, paid small amounts of money, and encouraged others to join the group and the ELF. Ms. Ugbazghi did not pay a membership fee, and she did not hold a membership card. The group is said to have disbanded in 1981, and Ms. Ugbazghi says that she had no further involvement with the ELF.

[31] In 2002, Ms. Ugbazghi arrived in Canada where she has since remained. She applied for permanent residence in January of 2004. Subsequent, Ms. Ugbazghi was advised of the concerns arising from her association with the ELF, and she was provided with an opportunity to address those concerns. In addition to providing a lengthy response, Ms. Ugbazghi sought ministerial relief under subsection 34(2) of the Act and humanitarian and compassionate relief under section 25 of the Act.

(i) The officer's decision

[32] The officer's notes include the following findings:

- Ms. Ugbazghi is an admitted member of the ELF;
- her activities, described as attending meetings, making donations, and distributing ELF materials which encouraged others to join the armed struggle or to give donations, amounted to membership in the ELF because they furthered the goals of the ELF;

générale, les arguments juridiques invoqués lors de l'audience à huis clos et *ex parte* devraient être à ce point liés à la teneur précise des expurgations qu'ils ne puissent être invoqués en public sans risquer de divulguer des renseignements confidentiels.

[29] J'examinerai maintenant le bien-fondé de la demande de contrôle judiciaire.

La demande de contrôle judiciaire

[30] M^{me} Ugbazghi est une citoyenne de l'Éthiopie d'origine érythréenne. En 1977, elle s'est jointe à ce qu'elle décrit maintenant comme un groupe de soutien du FLE. En tant que membre de ce groupe, elle a distribué des documents écrits, participé à des réunions, payé de petites sommes d'argent et encouragé d'autres personnes à se joindre au groupe et au FLE. M^{me} Ugbazghi n'a pas payé de frais d'adhésion et elle n'avait pas de carte de membre. Le groupe s'est soi-disant dissout en 1981, et M^{me} Ugbazghi affirme qu'elle n'a plus eu de liens avec le FLE.

[31] En 2002, M^{me} Ugbazghi est arrivée au Canada où elle est depuis restée. Elle a présenté une demande de résidence permanente en janvier 2004. Par la suite, M^{me} Ugbazghi a été informée des préoccupations découlant de ses liens avec le FLE, et on lui a accordé la possibilité de répondre à ces préoccupations. En plus de donner une longue réponse, M^{me} Ugbazghi a demandé une dispense ministérielle conformément au paragraphe 34(2) de la Loi et une dispense pour des raisons d'ordre humanitaire conformément à l'article 25 de la Loi.

i) La décision de l'agent

[32] Les notes de l'agent comportent les conclusions suivantes :

- M^{me} Ugbazghi est, de son propre aveu, membre du FLE;
- ses activités, c'est-à-dire assister à des réunions, faire des dons et distribuer des documents du FLE qui encourageaient d'autres personnes à se joindre à la lutte armée ou à faire des dons, équivalaient à être membre du FLE parce qu'elles contribuaient à atteindre les objectifs du FLE;

- Ms. Ugbazghi voluntarily joined the ELF;
 - the ELF engaged in acts of terrorism, documented to have occurred from March of 1969 until August of 1991, which was before, during, and after Ms. Ugbazghi's period of membership;
 - the acts that the ELF engaged in included: kidnapping two missionary nurses (one of which was killed); kidnapping three British citizens who were not released until after the intervention of the president of Sudan, some five months later; the hijacking of an airliner during which several passengers were injured; and, the kidnapping of foreigners from a yacht in Eritrean waters;
 - those acts constituted acts of terrorism because they were intended to kill or inflict serious bodily injury to civilians, who were not taking part in any armed conflict, so as to intimidate the population and compel the Ethiopian government to listen to its demands;
 - the fact that Ms. Ugbazghi was not found to be ineligible to claim refugee protection did not preclude a finding of inadmissibility; and
 - Ms. Ugbazghi's request for humanitarian and compassionate relief under subsection 25(1) of the Act was not properly before the officer and could not be considered.
- M^{me} Ugbazghi s'est jointe volontairement au FLE;
 - le FLE s'est livré à des actes de terrorisme, qui auraient eu lieu selon les sources, de mars 1969 jusqu'à août 1991, soit avant, pendant et après la période où M^{me} Ugbazghi était membre;
 - les actes auxquels s'est livré le FLE comprennent : l'enlèvement de deux infirmières missionnaires (dont l'une fut tuée); l'enlèvement de trois citoyens britanniques qui ne furent libérés qu'après l'intervention du président du Soudan, quelque cinq mois plus tard; le détournement d'un avion de ligne au cours duquel plusieurs passagers furent blessés; et l'enlèvement de plaisanciers étrangers qui se trouvaient à bord d'un yacht dans les eaux érythréennes;
 - ces actes constituaient des actes de terrorisme parce qu'ils ont été commis dans l'intention de tuer ou de blesser gravement des civils, qui ne prenaient part à aucun conflit armé, afin d'intimider la population et d'obliger le gouvernement éthiopien à écouter ses demandes;
 - le fait que la demande d'asile présentée par M^{me} Ugbazghi n'ait pas été jugée irrecevable n'empêchait pas de conclure à l'interdiction de territoire;
 - l'agent n'a pas été valablement saisi de la demande de M^{me} Ugbazghi visant à obtenir une dispense pour des raisons d'ordre humanitaire conformément au paragraphe 25(1) de la Loi et ne pouvait donc pas l'examiner.

[33] After finding that Ms. Ugbazghi was a member of the ELF, the officer concluded that there were reasonable grounds to believe that the ELF had engaged in acts of terrorism. Thus, the officer found that Ms. Ugbazghi was a member of the inadmissible class of persons described in paragraph 34(1)(f) of the Act.

[33] Après avoir conclu que M^{me} Ugbazghi était membre du FLE, l'agent a jugé qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que le FLE s'était livré à des actes de terrorisme. Par conséquent, l'agent a jugé que M^{me} Ugbazghi appartenait à la catégorie de personnes interdites de territoire au sens de l'alinéa 34(1)f) de la Loi.

(ii) The issues

ii) Les questions en litige

[34] In oral argument, counsel for Ms. Ugbazghi pursued only two arguments. First, that the officer erred in law by finding that she had no jurisdiction to consider humanitarian relief under subsection 25(1) of the

[34] Dans sa plaidoirie, l'avocat de M^{me} Ugbazghi a fait valoir seulement deux arguments. Premièrement, que l'agent a commis une erreur de droit en concluant qu'elle n'avait pas compétence pour examiner une

Act. Second, that the officer erred by finding that Ms. Ugbazghi was a member of the ELF.

[35] During oral argument on the first point, there was discussion about a number of issues, including that the consequence of the position taken by Ms. Ugbazghi would be that an officer would be able to grant relief that Parliament intended only be granted by the Minister. It was ultimately agreed by Ms. Ugbazghi's counsel that, if it is the Minister who must consider humanitarian relief in these circumstances, any discussion about subsection 25(1) of the Act was premature while the request for ministerial relief was outstanding. Thus, the first issue was not ultimately pursued and I make no comment about the merit of the argument.

(iii) The standard of review

[36] The assessment of "membership" in paragraph 34(1)(f) of the Act has traditionally been reviewed on the reasonableness *simpliciter* standard. See: *Poshteh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 487 (F.C.A.), at paragraph 23. This standard of review reflected the factual element present in questions of membership and the expertise that officers possess when assessing applications against the inadmissibility criteria contained in subsection 34(1) of the Act. In my view, following the decision of the Supreme Court of Canada in *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, deference remains appropriate and the applicable standard of review is reasonableness. See: *Dunsmuir*, at paragraphs 51 and 53.

(iv) Was the officer's finding that Ms. Ugbazghi was a member of the ELF reasonable?

[37] The word "member" is not defined in the Act. The jurisprudence of the Federal Court of Appeal is to the effect that the word is to be given an unrestricted and

demande de dispense pour des raisons d'ordre humanitaire conformément au paragraphe 25(1) de la Loi. Deuxièmement, que l'agent a commis une erreur en concluant que M^{me} Ugbazghi était membre du FLE.

[35] Au cours de la plaidoirie concernant le premier point, on a discuté de plusieurs questions, notamment que la position adoptée par M^{me} Ugbazghi aurait pour conséquence qu'un agent serait en mesure d'accorder une dispense que le législateur voulait que seul le ministre puisse accorder. L'avocat de M^{me} Ugbazghi a finalement convenu que, si c'est le ministre qui doit examiner la demande de dispense pour des raisons d'ordre humanitaire dans ces circonstances, toute discussion à propos du paragraphe 25(1) de la Loi était prématurée tant qu'une décision n'avait pas été rendue concernant la demande de dispense ministérielle. Par conséquent, la première question a finalement été laissée de côté et je ne me prononcerai pas sur le bien-fondé de l'argument.

(iii) La norme de contrôle

[36] L'appréciation de la qualité de « membre » à l'alinéa 34(1)f) de la Loi faisait habituellement l'objet d'une révision selon la norme de la décision raisonnable *simpliciter*. Voir : *Poshteh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 487 (C.A.F.), au paragraphe 23. Cette norme de contrôle reflétait l'élément factuel présent dans les questions relatives à la qualité de membre et l'expertise que démontrent les agents lorsqu'ils évaluent les demandes au regard du critère de l'interdiction de territoire prévu au paragraphe 34(1) de la Loi. À mon avis, à la suite de la décision de la Cour suprême du Canada dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, il convient de continuer à faire preuve de retenue et la norme de contrôle applicable est celle de la raisonabilité. Voir : *Dunsmuir*, aux paragraphes 51 et 53.

(iv) La conclusion de l'agent selon laquelle M^{me} Ugbazghi était membre du FLE était-elle raisonnable?

[37] La Loi ne définit pas le mot « membre ». D'après les décisions de la Cour d'appel fédérale, ce mot doit recevoir une interprétation large et libérale. Le juge

broad interpretation. Mr. Justice Rothstein, writing for the Federal Court of Appeal, discussed this point in *Poshteh*. At paragraphs 27 to 29, he wrote:

There is no definition of the term “member” in the Act. The courts have not established a precise and exhaustive definition of the term. In interpreting the term “member” in the former *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, the Trial Division (as it then was) has said that the term is to be given an unrestricted and broad interpretation. The rationale for such an approach is set out in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Singh* (1998), 151 F.T.R. 101 (F.C.T.D.), at paragraph 52:

The provisions deal with subversion and terrorism. The context in immigration legislation is public safety and national security, the most serious concerns of government. It is trite to say that terrorist organizations do not issue membership cards. There is no formal test for membership and members are not therefore easily identifiable. The Minister of Citizenship and Immigration may, if not detrimental to the national interest, exclude an individual from the operation of subparagraph 19(1)(f)(iii)(B). I think it is obvious that Parliament intended the term “member” to be given an unrestricted and broad interpretation.

The same considerations apply to paragraph 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. As was the case in the *Immigration Act*, under subsection 34(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, membership in a terrorist organization does not constitute inadmissibility if the individual in question satisfies the Minister that their presence in Canada would not be detrimental to the national interest. Subsection 34(2) provides:

34. ...

(2) The matters referred to in subsection (1) do not constitute inadmissibility in respect of a permanent resident or a foreign national who satisfies the Minister that their presence in Canada would not be detrimental to the national interest.

Thus, under subsection 34(2), the Minister has the discretion to exclude the individual from the operation of paragraph 34(1)(f).

Based on the rationale in *Singh* and, in particular, on the availability of an exemption from the operation of paragraph 34(1)(f) in appropriate cases, I am satisfied that the term “member” under the Act should continue to be interpreted broadly.

Rothstein, s’exprimant au nom de la Cour d’appel fédérale, a discuté de ce point dans l’arrêt *Poshteh*. Aux paragraphes 27 à 29, il a écrit ce qui suit :

La Loi ne définit pas le mot «membre». Les tribunaux n’ont pas établi une définition précise et complète de ce terme. Lorsqu’elle a interprété le mot «membre» employé dans l’ancienne *Loi sur l’immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2, la Section de première instance (sa désignation à l’époque) a dit que ce mot devait recevoir une interprétation large et libérale. La raison d’être d’une telle approche est exposée dans la décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Singh* (1998), 151 F.T.R. 101(C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 52 [[1998] A.C.F. n° 1147 (QL)] :

Les dispositions en cause traitent de la subversion et du terrorisme. Le contexte, en ce qui concerne la législation en matière d’immigration, est la sécurité publique et la sécurité nationale, soit les principales préoccupations du gouvernement. Il va sans dire que les organisations terroristes ne donnent pas de cartes de membres. Il n’existe aucun critère formel pour avoir qualité de membre et les membres ne sont donc pas facilement identifiables. Le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration peut, si cela n’est pas préjudiciable à l’intérêt national, exclure un individu de l’application de la division 19(1)(f)(iii)(B). Je crois qu’il est évident que le législateur voulait que le mot «membre» soit interprété d’une façon libérale, sans restriction aucune.

Les mêmes considérations valent pour l’alinéa 34(1)(f) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*. Comme c’était le cas dans la *Loi sur l’immigration*, l’appartenance à une organisation terroriste n’emporte pas interdiction de territoire, selon le paragraphe 34(2) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, si l’intéressé convainc le ministre que sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l’intérêt national. Voici le texte du paragraphe 34(2) :

34. [...]

(2) Ces faits n’emportent pas interdiction de territoire pour le résident permanent ou l’étranger qui convainc le ministre que sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l’intérêt national.

Ainsi, selon le paragraphe 34(2), le ministre a le pouvoir de soustraire l’étranger à l’application de l’alinéa 34(1)(f).

Eu égard au raisonnement suivi dans la décision *Singh* et, plus particulièrement, à l’existence, dans les cas qui le justifient, d’une dispense d’application de l’alinéa 34(1)(f), je suis d’avis que le mot «membre», employé dans la Loi, devrait continuer d’être interprété d’une manière libérale.

[38] In the present case, Ms. Ugbazghi stated in her Personal Information Form that she had been a member of the ELF. The officer is said to have erred by ignoring evidence in the statutory declaration that Ms. Ugbazghi placed before the officer where she clarified that she was not a member of the ELF. Rather, Ms. Ugbazghi stated that she had been a member of an ELF support group. Thus, the officer is said to have erred by describing Ms. Ugbazghi to be a “self[-]admitted member of ELF.” The officer made no express finding of credibility against Ms. Ugbazghi so, it is argued, the officer was obliged to deal with the fact that Ms. Ugbazghi claimed to have been a member of an ELF support group, not a member of the ELF.

[39] In my view, the officer committed no reviewable error because the officer did not just rely on Ms. Ugbazghi’s prior admission of membership. The officer also considered that:

Her activities (meetings, donations, distribution of ELF materials which encouraged others to join the armed struggle and or to give donations[]), amount to membership in my opinion as they furthered the goals of the organization.

[40] Obviously, it would have been preferable for the officer to have expressly dealt with the repeated statements in Ms. Ugbazghi’s statutory declaration that she had been a member of an ELF support group. Such failure might have amounted to a reviewable error had the officer simply relied on Ms. Ugbazghi’s admission without also considering the evidence that independently led to a conclusion of membership.

[41] As to the reasonableness of the officer’s decision about membership, I note that the admission of membership contained in Ms. Ugbazghi’s personal information form was not an isolated admission. As counsel for the Minister argued, Ms. Ugbazghi has consistently taken the position that she was a member of the ELF. Specifically:

[38] En l’espèce, M^{me} Ugbazghi a déclaré dans son formulaire de renseignements personnels qu’elle avait été membre du FLE. L’agent aurait commis une erreur en ne tenant pas compte d’un élément de preuve contenu dans la déclaration solennelle que M^{me} Ugbazghi a faite devant l’agent, alors qu’elle a précisé qu’elle n’était pas membre du FLE. M^{me} Ugbazghi a plutôt affirmé qu’elle avait été membre d’un groupe de soutien du FLE. Par conséquent, l’agent aurait commis une erreur en décrivant M^{me} Ugbazghi comme étant, [TRADUCTION] « de son propre aveu, membre du FLE ». Comme l’agent n’a pas formulé de conclusion expresse défavorable quant à la crédibilité de M^{me} Ugbazghi, il était obligé, selon ce qui a été allégué, de composer avec le fait que M^{me} Ugbazghi a prétendu avoir été membre d’un groupe de soutien du FLE et non membre du FLE.

[39] À mon avis, l’agent n’a commis aucune erreur susceptible de contrôle parce qu’il ne s’est pas seulement fondé sur l’aveu antérieur de M^{me} Ugbazghi concernant sa qualité de membre. L’agent a également tenu compte de ce qui suit :

[TRADUCTION] Ses activités (réunions, dons, distribution de documents du FLE visant à encourager d’autres personnes à se joindre à la lutte armée et à faire des dons[]), équivalent à être membre, à mon avis, puisqu’elles contribuaient à atteindre les objectifs de l’organisation.

[40] De toute évidence, il aurait été préférable que l’agent se prononce expressément sur les affirmations répétées dans la déclaration solennelle de M^{me} Ugbazghi qu’elle avait été membre d’un groupe de soutien du FLE. Cette omission aurait pu constituer une erreur susceptible de contrôle si l’agent s’était simplement fondé sur l’aveu de M^{me} Ugbazghi sans également tenir compte des éléments de preuve qui menaient indépendamment à la conclusion qu’elle était membre du FLE.

[41] En ce qui concerne la raisonabilité de la décision de l’agent au sujet de la qualité de membre, je constate que l’aveu relatif à la qualité de membre contenu dans le formulaire de renseignements personnels de M^{me} Ugbazghi n’était pas un aveu isolé. Comme l’ont fait valoir les avocats du ministre, M^{me} Ugbazghi a constamment affirmé qu’elle était membre du FLE. Plus précisément :

- on September 16, 2002, she signed a refugee intake form in which she stated that she was a member of the ELF who had been detained twice and who would provide a letter proving her membership;

- on September 18, 2002, she told an immigration officer at an interview that proof existed in Ethiopia that she was a member of the ELF from 1977 to July 2002, and that she had contributed \$5 per month to the ELF; and,

- on January 26, 2004, she stated in her application for permanent residence that she was a member of the ELF.

[42] It was only in the statutory declaration, prepared by counsel, that Ms. Ugbazghi stated that she was a member of an ELF support group. She provided no evidence confirming the existence of such a separate, support group.

[43] Ms. Ugbazghi described the group's activities as follows:

14. With respect to the political content of our meetings, we talked about the need to bring justice and equality to Eritreans. We talked about our preference for a peaceful resolution to the problems of Eritreans, although we also talked about the need to support the freedom fighters. We talked about the aims and goals of the ELF which were, as I understood them, to bring justice, freedom and democracy to Eritreans. There was never any talk or reporting about taking people hostage or the hijacking of airlines.

15. We also talked about what we could do to help the cause. These things included encouraging friends to support the ELF, and distributing pamphlets and magazines.

[44] It is fair, in my view, to characterize this group as one that completely identified with the goals and activities of the ELF and one that worked to further the goals and activities of the ELF. There is no evidence that the group had any other goals or activities. The evidence does not support a finding that this group was entirely separate and distinct from the ELF as Ms. Ugbazghi now claims.

[45] Further, Ms. Ugbazghi admitted that she: attended meetings where the participants shared the aims and

- le 16 septembre 2002, elle a signé un formulaire d'admission à titre de réfugié dans lequel elle a déclaré qu'elle était membre du FLE et avait été détenue à deux reprises et qu'elle fournirait une lettre prouvant qu'elle était membre;

- le 18 septembre 2002, elle a dit à un agent d'immigration pendant une entrevue qu'il existait une preuve en Éthiopie qu'elle avait été membre du FLE de 1977 à juillet 2002, et qu'elle avait versé une cotisation de 5 \$ par mois au FLE;

- le 26 janvier 2004, elle a déclaré dans sa demande de résidence permanente qu'elle était membre du FLE.

[42] C'est seulement dans la déclaration solennelle, rédigée par son avocat, que M^{me} Ugbazghi a déclaré qu'elle était membre d'un groupe de soutien du FLE. Elle n'a fourni aucune preuve confirmant l'existence d'un tel groupe de soutien distinct.

[43] M^{me} Ugbazghi a décrit les activités du groupe comme suit :

[TRADUCTION]

14. En ce qui concerne le contenu politique de nos réunions, nous parlions de la nécessité d'apporter la justice et l'égalité aux Érythréens. Nous parlions de notre préférence à régler pacifiquement les problèmes des Érythréens, même si nous parlions aussi de la nécessité d'appuyer les combattants de la liberté. Nous parlions des buts et des objectifs du FLE qui consistaient, d'après ce que j'ai compris, à apporter la justice, la liberté et la démocratie aux Érythréens. Nous n'avons jamais parlé ni entendu parlé de prise d'otages ou de détournement d'avions.

15. Nous avons aussi parlé de ce que nous pourrions faire pour aider la cause. Ce pouvait être notamment en encourageant nos amis à appuyer le FLE et en distribuant des tracts et des revues.

[44] Il est juste, à mon avis, de décrire ce groupe comme adhérant entièrement aux objectifs et activités du FLE et comme ayant contribué à atteindre les objectifs et à promouvoir les activités du FLE. Rien ne prouve que le groupe avait d'autres objectifs ou activités. La preuve ne permet pas de conclure que ce groupe était complètement indépendant et distinct du FLE comme le prétend maintenant M^{me} Ugbazghi.

[45] Par ailleurs, M^{me} Ugbazghi a reconnu qu'elle : assistait à des réunions où les participants partageaient

goals of the ELF and talked about the need to support the “freedom fighters” and how to “help the cause” of the ELF; paid a small amount of money each month to the ELF; and, distributed pamphlets that encouraged others to join the armed struggle or to donate to it. The term “member” is to be given an unrestricted and broad interpretation. In my view, it was not unreasonable for the officer to conclude that Ms. Ugbazghi’s activities furthered the goals of the ELF and that her conduct amounted to membership in the ELF. As the Federal Court of Appeal noted in *Poshteh*, at paragraph 36, in any case it is always possible to say that a number of factors support a membership finding and a number of factors point away from membership. The weighing of these factors is within the expertise of the officer.

[46] Notwithstanding that I find the officer’s decision is not unreasonable, Ms. Ugbazghi has completed only eight years of formal education. In 1966, at age 14, she entered into an arranged marriage. She had seven children during the period 1967 to 1976. In 1977, as a 24-year-old mother of seven, she began attending group meetings. Her involvement ended in 1981.

[47] Without doubt, subsection 34(1) of the Act is intended to cast a wide net in order to capture a broad range of conduct that is inimical to Canada’s interests. Parliament’s intent is further reflected in section 33 of the Act, which requires that the facts that constitute inadmissibility include facts that “there are reasonable grounds to believe” occurred. Thus, the test for inadmissibility is whether “there are reasonable grounds to believe” that a foreign national was a member of an organization that “there are reasonable grounds to believe” engages, has engaged, or will engage in acts of terrorism. This is a relatively low evidentiary threshold. It is because of the very broad range of conduct that gives rise to inadmissibility that the Minister is given discretion, in subsection 34(2) of the Act, to grant relief against inadmissibility.

[48] The facts of this case, in my respectful view, show the wisdom of such a relieving provision and show the

les buts et les objectifs du FLE et parlaient de la nécessité d’appuyer les « combattants de la liberté » et de la manière d’« aider la cause » du FLE; payait un petit montant d’argent chaque mois au FLE; et distribuait des tracts en vue d’encourager d’autres personnes à se joindre à la lutte armée ou à lui faire des dons. Le mot « membre » doit recevoir une interprétation large et libérale. À mon avis, il n’était pas déraisonnable de la part de l’agent de conclure que les activités de M^{me} Ugbazghi contribuaient à atteindre les objectifs du FLE et que sa conduite équivalait à être membre du FLE. Tel que l’a fait remarquer la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Poshteh*, au paragraphe 36, dans un cas donné, il est toujours possible de dire que plusieurs facteurs permettent de conclure qu’il y avait appartenance et que d’autres facteurs autorisent une conclusion contraire. Ce sont là des facteurs qu’il appartient à l’agent, de par sa spécialisation, d’apprécier.

[46] Outre le fait que j’estime que la décision de l’agent n’est pas déraisonnable, M^{me} Ugbazghi n’a eu que huit ans de scolarité. En 1966, à l’âge de 14 ans, elle a contracté un mariage arrangé. Elle a eu sept enfants au cours de la période allant de 1967 à 1976. En 1977, étant alors âgée de 24 ans et mère de sept enfants, elle a commencé à assister à des réunions du groupe. Sa participation a pris fin en 1981.

[47] Il ne fait aucun doute que le paragraphe 34(1) de la Loi vise à ratisser très large afin de couvrir une large gamme de comportements qui vont à l’encontre des intérêts du Canada. L’intention du législateur se reflète également à l’article 33 de la Loi, lequel exige que les faits — actes ou omissions — soient appréciés sur la base de « motifs raisonnables de croire » qu’ils sont survenus. Par conséquent, le critère relatif à l’interdiction de territoire consiste à déterminer s’il y a des « motifs raisonnables de croire » qu’un ressortissant étranger était membre d’une organisation dont il y a des « motifs raisonnables de croire » qu’elle est, a été ou sera l’auteur d’un acte de terrorisme. Il s’agit d’un seuil de preuve relativement bas. C’est en raison de la très large gamme de comportements qui emportent interdiction de territoire que le ministre a le pouvoir discrétionnaire, au paragraphe 34(2) de la Loi, d’accorder une dispense relativement à l’interdiction de territoire.

[48] Les faits de l’espèce, à mon humble avis, démontrent l’opportunité de cette disposition portant

need for careful consideration of all of the facts surrounding a request for ministerial relief.

Conclusion

[49] For these reasons, the application for judicial review will be dismissed.

[50] The Minister requested the opportunity to propose a question for certification arising out of the Court's reasons on both the section 87 application and the Court's discussion of the concept of membership. While the Minister was successful, fairness dictates that Ms. Ugbazghi be afforded the opportunity to propose a certified question. She shall serve and file any correspondence with respect to certification within three working days of receipt of these reasons. The Minister shall have three working days in which to respond.

[51] Following consideration of any submissions, a judgment will issue dismissing the application.

¹ Bill C-3, *An Act to amend the Immigration and Refugee Protection Act (certificate and special advocate) and to make a consequential amendment to another Act*, 2nd Sess., 39th Parl., 2008, cl. 10 (assented to 14 February 2008).

APPENDIX A

Sections 25, 33, 34 and subsection 83(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* are as follows:

25. (1) The Minister shall, upon request of a foreign national who is inadmissible or who does not meet the requirements of this Act, and may, on the Minister's own initiative, examine the circumstances concerning the foreign national and may grant the foreign national permanent resident status or an exemption from any applicable criteria or obligation of this Act if the Minister is of the opinion that it is justified by humanitarian and compassionate considerations relating to them, taking into account the best interests of a child directly affected, or by public policy considerations.

dispense ainsi que la nécessité d'examiner attentivement tous les faits entourant une demande de dispense ministérielle.

Conclusion

[49] Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire sera rejetée.

[50] Le ministre a demandé la possibilité de proposer une question à des fins de certification découlant des motifs de la Cour concernant la demande fondée sur l'article 87 et l'analyse de la Cour de la notion de qualité de membre. Bien que le ministre ait obtenu gain de cause, l'équité exige que M^{me} Ugbazghi ait la possibilité de proposer une question certifiée. Elle devra signifier et déposer toute la correspondance relative à la certification dans les trois jours ouvrables suivant la réception des présents motifs. Le ministre aura trois jours ouvrables pour répondre.

[51] Après avoir examiné toutes les observations, la Cour rendra un jugement rejetant la demande.

¹ Projet de loi C-3, *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence*, 2^e sess., 39^e lég., 2008, art. 10 (sanctionnée le 14 février 2008).

ANNEXE A

Les articles 25, 33, 34 et le paragraphe 83(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* sont ainsi libellés :

25. (1) Le ministre doit, sur demande d'un étranger interdit de territoire ou qui ne se conforme pas à la présente loi, et peut, de sa propre initiative, étudier le cas de cet étranger et peut lui octroyer le statut de résident permanent ou lever tout ou partie des critères et obligations applicables, s'il estime que des circonstances d'ordre humanitaire relatives à l'étranger — compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché — ou l'intérêt public le justifient.

(2) The Minister may not grant permanent resident status to a foreign national referred to in subsection 9(1) if the foreign national does not meet the province's selection criteria applicable to that foreign national.

...

33. The facts that constitute inadmissibility under sections 34 to 37 include facts arising from omissions and, unless otherwise provided, include facts for which there are reasonable grounds to believe that they have occurred, are occurring or may occur.

34. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on security grounds for

(a) engaging in an act of espionage or an act of subversion against a democratic government, institution or process as they are understood in Canada;

(b) engaging in or instigating the subversion by force of any government;

(c) engaging in terrorism;

(d) being a danger to the security of Canada;

(e) engaging in acts of violence that would or might endanger the lives or safety of persons in Canada; or

(f) being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in acts referred to in paragraph (a), (b) or (c).

(2) The matters referred to in subsection (1) do not constitute inadmissibility in respect of a permanent resident or a foreign national who satisfies the Minister that their presence in Canada would not be detrimental to the national interest.

...

83. (1) The following provisions apply to proceedings under any of sections 78 and 82 to 82.2:

(a) the judge shall proceed as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness and natural justice permit;

(b) the judge shall appoint a person from the list referred to in subsection 85(1) to act as a special advocate in the proceeding after hearing representations from the permanent resident or foreign national and the Minister and after giving particular consideration and weight to the preferences of the permanent resident or foreign national;

(c) at any time during a proceeding, the judge may, on the judge's own motion — and shall, on each request of the

(2) Le statut ne peut toutefois être octroyé à l'étranger visé au paragraphe 9(1) qui ne répond pas aux critères de sélection de la province en cause qui lui sont applicables.

[...]

33. Les faits — actes ou omissions — mentionnés aux articles 34 à 37 sont, sauf disposition contraire, appréciés sur la base de motifs raisonnables de croire qu'ils sont survenus, surviennent ou peuvent survenir.

34. (1) Emportent interdiction de territoire pour raison de sécurité les faits suivants :

a) être l'auteur d'actes d'espionnage ou se livrer à la subversion contre toute institution démocratique, au sens où cette expression s'entend au Canada;

b) être l'instigateur ou l'auteur d'actes visant au renversement d'un gouvernement par la force;

c) se livrer au terrorisme;

d) constituer un danger pour la sécurité du Canada;

e) être l'auteur de tout acte de violence susceptible de mettre en danger la vie ou la sécurité d'autrui au Canada;

f) être membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est, a été ou sera l'auteur d'un acte visé aux alinéas a), b) ou c).

(2) Ces faits n'emportent pas interdiction de territoire pour le résident permanent ou l'étranger qui convainc le ministre que sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national.

[...]

83. (1) Les règles ci-après s'appliquent aux instances visées aux articles 78 et 82 à 82.2 :

a) le juge procède, dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et selon la procédure expéditive;

b) il nomme, parmi les personnes figurant sur la liste dressée au titre du paragraphe 85(1), celle qui agira à titre d'avocat spécial dans le cadre de l'instance, après avoir entendu l'intéressé et le ministre et accordé une attention et une importance particulières aux préférences de l'intéressé;

c) il peut d'office tenir une audience à huis clos et en l'absence de l'intéressé et de son conseil — et doit le faire à

Minister — hear information or other evidence in the absence of the public and of the permanent resident or foreign national and their counsel if, in the judge's opinion, its disclosure could be injurious to national security or endanger the safety of any person;

(d) the judge shall ensure the confidentiality of information and other evidence provided by the Minister if, in the judge's opinion, its disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person;

(e) throughout the proceeding, the judge shall ensure that the permanent resident or foreign national is provided with a summary of information and other evidence that enables them to be reasonably informed of the case made by the Minister in the proceeding but that does not include anything that, in the judge's opinion, would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed;

(f) the judge shall ensure the confidentiality of all information or other evidence that is withdrawn by the Minister;

(g) the judge shall provide the permanent resident or foreign national and the Minister with an opportunity to be heard;

(h) the judge may receive into evidence anything that, in the judge's opinion, is reliable and appropriate, even if it is inadmissible in a court of law, and may base a decision on that evidence;

(i) the judge may base a decision on information or other evidence even if a summary of that information or other evidence is not provided to the permanent resident or foreign national; and

(j) the judge shall not base a decision on information or other evidence provided by the Minister, and shall return it to the Minister, if the judge determines that it is not relevant or if the Minister withdraws it.

chaque demande du ministre — si la divulgation des renseignements ou autres éléments de preuve en cause pourrait porter atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

d) il lui incombe de garantir la confidentialité des renseignements et autres éléments de preuve que lui fournit le ministre et dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

e) il veille tout au long de l'instance à ce que soit fourni à l'intéressé un résumé de la preuve qui ne comporte aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui et qui permet à l'intéressé d'être suffisamment informé de la thèse du ministre à l'égard de l'instance en cause;

f) il lui incombe de garantir la confidentialité des renseignements et autres éléments de preuve que le ministre retire de l'instance;

g) il donne à l'intéressé et au ministre la possibilité d'être entendus;

h) il peut recevoir et admettre en preuve tout élément — même inadmissible en justice — qu'il estime digne de foi et utile et peut fonder sa décision sur celui-ci;

i) il peut fonder sa décision sur des renseignements et autres éléments de preuve même si un résumé de ces derniers n'est pas fourni à l'intéressé;

j) il ne peut fonder sa décision sur les renseignements et autres éléments de preuve que lui fournit le ministre et les remet à celui-ci s'il décide qu'ils ne sont pas pertinents ou si le ministre les retire.

APPENDIX B

...

AFFIDAVIT OF TOM HEINZE

I, Tom Heinze, Paralegal, of the Immigration Law Section of the Department of Justice's Ontario Regional Office in the City of Toronto, SWEAR THAT:

1. I am a Paralegal working for the Department of Justice in Toronto, and am assisting Counsel for the Respondent,

ANNEXE B

[...]

AFFIDAVIT DE TOM HEINZE

Je, soussigné, Tom Heinze, technicien juridique, à la Section du droit de l'immigration du Bureau régional de l'Ontario du ministère de la Justice, dans la ville de Toronto, DÉCLARE SOUS SERMENT CE QUI SUIT :

1. Je suis un technicien juridique à l'emploi du ministère de la Justice à Toronto et j'assiste l'avocat du défendeur,

Martin Anderson. I have personal knowledge of the facts related below.

2. On January 31st 2008, I spoke to Andre Seguin, counsel for the Respondent on this Application. I am informed and believe that the Respondent has filed an Application for non-disclosure of certain information contained in the certified Tribunal Record filed in this case.
3. I am informed by Andre Seguin and do verily believe that the tribunal record, which reflects the processing of this file, contains both unredacted as well as redacted document information (the “confidential information”), the disclosure of which would be injurious to national security or to the safety of any person in Canada in accordance with subparagraph 78(g) of the *IRPA*.
4. I am informed by Andre Seguin and do verily believe that the confidential information, which was redacted from the public tribunal record, is information which must be protected and which should not be disclosed to the Applicant, his counsel or the public.
5. I am further informed by Andre Seguin and do verily believe that this application will be supported by a secret affidavit, which will contain the confidential information. It will be sealed and filed with the Federal Court in Ottawa. The secret affidavit explains the basis for the non-disclosure of the information.
6. I am informed by Andre Seguin and I believe that this confidential information cannot be disclosed.
7. I make this affidavit in regard to an Application for non-disclosure brought by the Respondent, and for no improper purpose.

SWORN before me at the City of
Toronto in the Province of Ontario on
January 31, 2008.

Commissioner for Taking Affidavits
(or as the case may be)

Tom Heinze

M^c Martin Anderson. J’ai une connaissance personnelle des faits relatés ci-dessous.

2. Le 31 janvier 2008, j’ai parlé à M^c Andre Seguin, l’avocat du défendeur dans la présente demande. J’ai été informé, et j’ai des raisons de croire, que le défendeur a demandé l’interdiction de la divulgation de certains renseignements contenus dans le dossier certifié du tribunal déposé en l’espèce.
3. M^c Andre Seguin m’a informé, et j’ai toutes les raisons de croire, que le dossier du tribunal, lequel reflète le traitement du présent dossier, contient des renseignements non expurgés aussi bien qu’expurgés (les « renseignements confidentiels »), dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui au Canada conformément à l’alinéa 78g) de la *LIPR*.
4. M^c Andre Seguin m’a informé, et j’ai toutes les raisons de croire, que les renseignements confidentiels, lesquels ont été expurgés du dossier public du tribunal, sont des renseignements qui doivent être protégés et qui ne devraient pas être divulgués à la demanderesse, à son avocat ou au public.
5. M^c Andre Seguin m’a également informé, et j’ai toutes les raisons de croire, que la présente demande sera appuyée par un affidavit secret, lequel contiendra les renseignements confidentiels. Il sera mis sous scellé et déposé à la Cour fédérale à Ottawa. L’affidavit secret explique le fondement de la non divulgation des renseignements.
6. M^c Andre Seguin m’a informé, et j’ai des raisons de croire, que ces renseignements confidentiels ne peuvent être divulgués.
7. Je souscris le présent affidavit aux seules fins de l’interdiction de divulgation demandée par le défendeur.

DÉCLARÉ SOUS SERMENT devant
moi, dans la ville de Toronto, dans la
province de l’Ontario, le 31 janvier 2008.

Commissaire à l’assermentation
(ou autre le cas échéant)

Tom Heinze

A-11-08
2008 FCA 215

A-11-08
2008 CAF 215

The Minister of Citizenship and Immigration
(Appellant)

v.

Alan Hinton and Irina Hinton (Respondents)

INDEXED AS: HINTON v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.A.)

Federal Court of Appeal, Linden, Nadon and Sexton JJ.A.—Toronto, May 26; Ottawa, June 13, 2008.

Federal Court Jurisdiction — Appeal from Federal Court order granting respondents' motion to treat application for judicial review of appellant's decision charging male respondent \$75 for determination of sponsorship application for wife, under Immigration and Refugee Protection Regulations (IRPR), s. 304 as action; for action to be certified as class action on behalf of those who paid processing fees prescribed by IRPR, formerly enacted regulations for various immigration visas — Although Federal Court of Appeal's decision in Canada v. Grenier holding Federal Court's exclusive jurisdiction to hear, determine judicial review applications cannot be circumvented by launching collateral attack by way of action, Grenier not holding successful application for judicial review invalidating impugned immigration regulation first required before proceeding with class action — Grenier also not addressing impact of Federal Courts Act, s. 18.4(2), whereby Federal Court having discretion to convert judicial review application into action — Interpreting s. 18.4(2) liberally to consider not only procedural but also remedial inadequacies of judicial review, it can also be used to claim monetary remedies in "converted" action — In present case, initiating separate action for damages too cumbersome — Criteria to seek certification of class action relevant consideration on motion to convert under Federal Courts Act, s. 18.4(2) — Not wrong in principle to convert application for judicial review into action before final disposition thereof — Appeal allowed so as to confine certified class to individuals covered by leave application.

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(appellant)

c.

Alan Hinton et Irina Hinton (intimés)

RÉPERTORIÉ : HINTON c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.F.)

Cour d'appel fédérale, juges Linden, Nadon et Sexton, J.C.A.—Toronto, 26 mai; Ottawa, 13 juin 2008.

Compétence de la Cour fédérale — Appel d'une ordonnance de la Cour fédérale accueillant la requête des intimés afin que leur demande de contrôle judiciaire de la décision de l'appellant réclamant la somme de 75 \$ à l'intimé en vue du traitement de la demande de parrainage de son épouse en application de l'art. 304 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (RIPR) soit traitée comme s'il s'agissait d'une action, et que leur action soit autorisée comme recours collectif au nom de toutes les personnes qui ont payé des frais de traitement en vertu du RIPR et des règlements antérieurs pour l'obtention de divers visas d'immigration — Bien que la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt Canada c. Grenier précise que la compétence exclusive de la Cour fédérale pour statuer sur les demandes de contrôle judiciaire ne peut être contournée par une contestation indirecte intentée sous forme d'action, Grenier ne précise pas que le règlement d'immigration contesté doit d'abord avoir été invalidé à l'issue d'un contrôle judiciaire avant qu'il soit possible d'intenter un recours collectif — En outre, Grenier ne dit rien au sujet de l'incidence de l'art. 18.4(2) de la Loi sur les Cours fédérales, qui prévoit que la Cour fédérale a le pouvoir discrétionnaire de convertir une demande de contrôle judiciaire en une action — En donnant une interprétation libérale à l'art. 18.4(2) de façon à tenir compte non seulement des lacunes procédurales mais aussi des lacunes des demandes de contrôle judiciaire en matière de réparation, il peut aussi être invoqué pour présenter une demande de réparation d'ordre financier dans une action « convertie » — En l'espèce, il est trop lourd d'intenter une action distincte en dommages-intérêts — Les conditions pour obtenir l'autorisation d'intenter un recours collectif est un facteur pertinent à prendre en compte dans le cadre d'une requête en vertu de l'art. 18.4(2) de la Loi sur les Cours fédérales en vue de « convertir » une demande — Il n'y a aucun problème à procéder à la conversion d'une demande de contrôle judiciaire en action avant qu'une décision définitive ait été rendue sur cette demande — Appel accueilli pour que le recours collectif se limite aux personnes visées par la demande d'autorisation.

Citizenship and Immigration — Judicial Review — Appeal from Federal Court order granting respondents' motion to treat application for judicial review of appellant's decision charging male respondent \$75 for determination of sponsorship application for wife, under Immigration and Refugee Protection Regulations (IRPR), s. 304 as action; for action to be certified as class action on behalf of those who paid processing fees prescribed by IRPR, formerly enacted regulations for various immigration visas — Motions Judge wrong to include in certified class persons paying fees under regulations not properly challenged in application for judicial review since Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 72(1) clearly stating leave must be obtained for any matter for which judicial review sought — Therefore, given mandatory language of IRPA, s. 72(1), leave application cannot be construed to include attacks on other impugned regulations made by remainder of class.

Practice — Class Proceedings — Appeal from Federal Court order granting respondents' motion to treat application for judicial review of appellant's decision charging male respondent \$75 for determination of sponsorship application for wife, under Immigration and Refugee Protection Regulations (IRPR), s. 304 as action; for action to be certified as class action on behalf of those who paid processing fees prescribed by IRPR, formerly enacted regulations for various immigration visas — Motions Judge not erring in deciding class action preferable procedure to application for judicial review — Factors such as simplicity of restitutionary award, appellant's refusal to set test case, fact-finding easier by way of discoveries, considered.

This was an appeal of a Federal Court order granting the respondents' motion to treat their application for judicial review as an action and for their action against the appellant to be certified as a class action. The respondents initially sought leave and judicial review pursuant to subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) of the appellant's decision whereby the male respondent was charged \$75 for the determination of an application for sponsorship for his wife. The application challenged only *Immigration and Refugee Protection Regulations*, section 304. In moving to "convert" the application to an action, the respondents sought to include in the proposed class all of those who had paid processing fees prescribed by the *Immigration and Refugee Protection Regulations* and formerly enacted regulations. They seek a partial refund and declaratory

Citoyenneté et Immigration — Contrôle judiciaire — Appel d'une ordonnance de la Cour fédérale accueillant la requête des intimés afin que leur demande de contrôle judiciaire de la décision de l'appelant réclamant la somme de 75 \$ à l'intimé en vue du traitement de la demande de parrainage de son épouse en application de l'art. 304 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (RIPR) soit traitée comme s'il s'agissait d'une action, et que leur action soit autorisée comme recours collectif au nom de toutes les personnes qui ont payé des frais de traitement en vertu du RIPR et des règlements antérieurs pour l'obtention de divers visas d'immigration — Le juge des requêtes a commis une erreur en décidant que le groupe devait inclure les personnes qui ont payé des frais prévus par les règlements, qui n'avaient pas été dûment attaqués par une demande de contrôle judiciaire, parce que l'art. 72(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) établit clairement qu'une autorisation doit être obtenue à l'égard de toute mesure — Par conséquent, compte tenu du caractère impératif de l'art. 72(1) de la LIPR, la demande d'autorisation ne peut être interprétée de façon à inclure les contestations visant les autres règlements contestés faites par les autres membres du groupe.

Pratique — Recours collectif — Appel d'une ordonnance de la Cour fédérale accueillant la requête des intimés afin que leur demande de contrôle judiciaire de la décision de l'appelant réclamant la somme de 75 \$ à l'intimé en vue du traitement de la demande de parrainage de son épouse en application de l'art. 304 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (RIPR) soit traitée comme s'il s'agissait d'une action, et que leur action soit autorisée comme recours collectif au nom de toutes les personnes qui ont payé des frais de traitement en vertu du RIPR et des règlements antérieurs pour l'obtention de divers visas d'immigration — Le juge des requêtes n'a pas commis d'erreur en décidant qu'un recours collectif était le meilleur moyen — Des facteurs comme le caractère plus simple de l'ordonnance de réparation, le refus de l'appelant de procéder au moyen d'une cause type et de la notion voulant qu'une conclusion de fait soit plus facilement déterminée par des interrogatoires préalables ont été examinés.

Il s'agissait de l'appel d'une ordonnance rendue par la Cour fédérale, qui a accueilli la requête présentée par les intimés afin que leur demande de contrôle judiciaire soit traitée comme s'il s'agissait d'une action, et que leur action contre l'appelant soit autorisée comme recours collectif. Au départ, les intimés ont présenté une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire conformément au paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) de la décision par laquelle l'appelant a réclamé la somme de 75 \$ à l'intimé en vue du traitement de la demande de parrainage de son épouse. La demande ne contestait que l'article 304 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Lorsqu'ils ont demandé que leur demande soit « convertie », les intimés voulaient que soient visées par le recours collectif envisagé toutes les personnes qui ont payé des frais de traitement en

relief on the basis that the federal government made a profit on the service, which violated the *Financial Administration Act*. In granting the order, the motions Judge concluded that the Federal Court of Appeal's decision in *Canada v. Grenier* does not stand for the proposition that a judicial review must be completed before an action can be commenced especially in light of the existence of subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act*. The motions Judge also certified seven serious questions of general importance.

The issues were: (1) whether in the Federal Court, a class action can proceed before a decision is rendered on the validity of an impugned immigration regulation; (2) whether in a class proceeding arising under the IRPA, an application for leave must encompass all members of the class; and (3) whether a class action was the preferable procedure to fairly and efficiently determine the legal validity of the impugned regulations.

Held, the appeal should be allowed in part.

(1) While *Canada v. Grenier* underscored the importance of the Federal Court's exclusive jurisdiction to hear and determine challenges of decisions of federal boards using the judicial review procedure and held that this exclusive jurisdiction cannot be circumvented by launching a collateral attack by way of an action, it did not hold that there must first be a successful application for judicial review invalidating an impugned immigration regulation before proceeding with a class action. It also did not state that where an application for judicial review is treated as an action, a claim for damages cannot be added to that action. *Grenier* simply stands for the proposition that certain civil actions against the Crown must be preceded by an application for judicial review where the basis for the claim is a challenge to the lawfulness, *vires* or legality of the federal board or tribunal's decision. It says nothing about the impact of subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act*, which provides that a Federal Court judge may, if appropriate, direct that an application for judicial review be treated and proceeded with as if it were an action. Taking a more liberal approach to section 18.4 of the Act, once an application for judicial review is treated as an action, a claim for monetary remedies can be advanced therein. Subsection 18.4(2) should not be read narrowly so as to only apply to the procedural aspects of an action. Sometimes, it may also be appropriate to consider the remedial inadequacies of an application for judicial review. The fact that damages cannot be sought in applications for judicial review is not usually a concern. But in cases such as this, it may prove too cumbersome to initiate a separate action for damages either concurrently with, or subsequent to, an application for judicial review. Rather than attempting a joinder, employing subsection 18.4(2) of the Act to allow a claim for damages in a "converted" action should also be available and may even economize on scarce judicial resources.

vertu du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* et des règlements antérieurs. Ils cherchent à obtenir un remboursement partiel et un jugement déclaratoire au motif que le gouvernement fédéral a tiré un profit du service, ce qui contrevenait à la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Lorsqu'il a rendu l'ordonnance, le juge des requêtes a conclu que la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Canada c. Grenier* ne permet pas d'affirmer que le processus de contrôle judiciaire doit être terminé avant qu'une action puisse être intentée, particulièrement au vu du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérale*. Le juge des requêtes a aussi certifié sept questions graves de portée générale.

Les questions en litige étaient celles de savoir si 1) devant la Cour fédérale, un recours collectif peut être intenté avant qu'une décision ne soit rendue au sujet de la légalité du règlement d'immigration contesté; 2) dans un recours collectif intenté sous le régime de la LIPR, la demande d'autorisation doit viser tous les membres du groupe; et 3) le recours collectif était le meilleur moyen de régler de façon équitable et efficace la question de la validité juridique des règlements contestés.

Arrêt : l'appel doit être accueilli en partie.

1) Bien que l'arrêt *Canada c. Grenier* ait souligné l'importance de la compétence exclusive de la Cour fédérale pour statuer sur les contestations des décisions des offices fédéraux par voie de contrôle judiciaire et ait établi que cette compétence exclusive ne pouvait être contournée par une contestation indirecte intentée sous forme d'action, il n'a pas indiqué que le règlement d'immigration contesté doit d'abord avoir été invalidé à l'issue d'un contrôle judiciaire avant qu'il soit possible d'intenter un recours collectif. De plus, il n'a pas précisé que lorsqu'une demande de contrôle judiciaire est instruite comme s'il s'agissait d'une action, il n'est pas possible d'y joindre une demande de dommages-intérêts. L'arrêt *Grenier* permet uniquement d'affirmer que certaines actions civiles contre la Couronne doivent être précédées d'une demande de contrôle judiciaire lorsqu'elles visent essentiellement à contester la légitimité, la validité ou la légalité de la décision de l'office fédéral. Il ne dit rien au sujet de l'incidence du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, qui prévoit qu'un juge de la Cour fédérale peut, s'il estime indiqué, ordonner qu'une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action. Lorsqu'on donne une interprétation plus libérale de l'article 18.4 de la Loi, dès qu'une demande de contrôle judiciaire est instruite comme s'il s'agissait d'une action, une demande de réparation d'ordre financier peut être présentée. Le paragraphe 18.4(2) ne doit pas être interprété étroitement, de manière à ce qu'il ne s'applique qu'aux aspects procéduraux d'une action. Il est parfois nécessaire de considérer les lacunes des demandes de contrôle judiciaire en matière de réparation. Règle générale, le fait qu'il n'est pas possible de réclamer des dommages-intérêts ne constitue pas un problème. Cependant, dans des cas comme en l'espèce, il peut s'avérer trop lourd d'intenter une action distincte en dommages-intérêts concurrentement ou subséquemment à une demande de contrôle

The criteria to seek certification of a class action is a relevant consideration on a motion, pursuant to subsection 18.4(2) of the Act to “convert” an application for judicial review into an action. Conversion and certification applications should be heard together. There is no problem in principle with conversion prior to a final disposition of the application for judicial review. In a case such as this one, although all the evidence on both issues may be heard together, *vires* ought to be decided first before addressing the question of whether the class members are entitled to a partial refund.

(2) The motions Judge erred in defining the class that was certified to include persons who paid fees pursuant to the impugned regulations, which had not been properly challenged by way of an application for leave under subsection 72(1). The leave application was restricted to the respondents, but it was permissible to “convert” it into a class action to include people who were affected by the same regulation since the leave application requested an order for declaratory relief that the regulation was *ultra vires* due to its contravention of the *Financial Administration Act*. Given the mandatory language of subsection 72(1) of the IRPA, the leave application cannot be construed to include attacks on the other impugned regulations made by the remainder of the class as certified by the motions Judge.

(3) The motions Judge did not err in deciding that a class action was the preferable procedure based on the greater simplicity of the restitutionary award in the event of a successful claim, the appellant’s refusal to set a test case, and the notion that findings of fact would be more easily determined by way of discoveries. There was no superior, alternative approach for the class members to obtain a partial refund and individual applications for judicial review would not be practicable.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 17 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3; 2002, c. 8, s. 25), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26), 18.1(3) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27), 18.4(2) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28).

judiciaire. Plutôt que d’essayer de réunir les causes d’action, il devrait être possible, en application du paragraphe 18.4(2) de la Loi, de permettre une action en dommages-intérêts dans une action « convertie » et même d’économiser les ressources judiciaires limitées.

Les critères pour obtenir l’autorisation d’intenter un recours collectif est un facteur pertinent à prendre en compte dans le cadre d’une requête déposée en vertu du paragraphe 18.4(2) de la Loi en vue de « convertir » une demande de contrôle judiciaire en action. Les demandes de conversion et d’autorisation devraient être entendues simultanément. Il n’y a aucun problème à procéder à la conversion avant qu’une décision définitive ait été rendue sur la demande de contrôle judiciaire. Dans les cas comme celui de la présente espèce, bien que tous les éléments de preuve portant sur les deux questions puissent être entendus simultanément, il faut d’abord trancher la question de la légalité avant de répondre à la question de savoir si les membres du groupe ont droit à un remboursement partiel.

2) Le juge des requêtes a commis une erreur en décidant que le groupe devait inclure les personnes qui ont payé des frais prévus par les règlements contestés, qui n’avaient pas été dûment attaqués par une demande d’autorisation présentée en application du paragraphe 72(1). La demande d’autorisation a été limitée aux intimés, mais il était possible de la « convertir » en recours collectif afin d’englober les personnes touchées par le même règlement puisque la demande d’autorisation sollicitait un jugement déclaratoire portant que le règlement était invalide parce qu’il contrevenait à la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Compte tenu du caractère impératif du paragraphe 72(1) de la LIPR, la demande d’autorisation ne peut être interprétée de façon à inclure les contestations visant les autres règlements contestés faites par les autres membres du groupe défini par le juge des requêtes.

3) Le juge des requêtes n’a pas commis d’erreur en décidant qu’un recours collectif était le meilleur moyen en raison du caractère plus simple de l’ordonnance de réparation dans l’éventualité où la demande serait accueillie, du refus de l’appelant de procéder au moyen d’une cause type et de la notion voulant qu’une conclusion de fait soit plus facilement déterminée par des interrogatoires préalables. Il n’existait pas de meilleur moyen d’obtenir un remboursement partiel pour les membres du groupe et les demandes individuelles de contrôle judiciaire ne seraient pas possibles en pratique.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l’accès à l’information, L.R.C. (1985), ch. A-1.
Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 19(2) (mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 6).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 17 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3; 2002, ch. 8, art. 25), 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26), 18.1(3) (édicte par

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 299 (as am. by SOR/2006-219, s. 9), 299.1 to 299.42 (as enacted by SOR/2002-417, s. 17; repealed by SOR/2007-301, s. 6), 334.1 to 334.4 (as enacted *idem*, s. 7).
Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 19(2) (as am. by S.C. 1991, c. 24, s. 6).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 72 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194), 74(d).
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, s. 304.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada v. Grenier, [2006] 2 F.C.R. 287; (2005), 262 D.L.R. (4th) 337; 344 N.R. 102; 2005 FCA 348; *Griffith v. Winter* (2003), 15 B.C.L.R. (4th) 390; 184 B.C.A.C. 121; 34 C.P.C. (5th) 216; 2003 BCCA 367; *Tihomirovs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 2 F.C.R. 531; (2005), 31 Admin. L.R. (4th) 257; 49 Imm. L.R. (3d) 163; 339 N.R. 210; 2005 FCA 308; *Shubenacadie Indian Band v. Canada (Attorney General)* (2001), 202 F.T.R. 30; 2001 FCT 181; affd (*sub nom. Canada (Minister of Fisheries and Oceans) v. Shubenacadie Indian Band*) 2002 FCA 255; *Noade v. Blood Tribe* (2002), 226 F.T.R. 87; 2002 FCT 2011

CONSIDERED:

Momi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2007] 2 F.C.R. 291; (2006), 293 F.T.R. 133; 55 Imm. L.R. (3d) 133; 2006 FC 738; *Radil Bros. Fishing Co. v. Canada (Department of Fisheries and Oceans)* (1998), 158 F.T.R. 313 (F.C.T.D.); *Caputo v. Imperial Tobacco Ltd.* (2005), 74 O.R. (3d) 728; 250 D.L.R. (4th) 756; 9 C.P.C. (6th) 175; [2005] O.T.C. 160 (S.C.J.); *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347; (1996), 138 D.L.R. (4th) 647; 43 Admin. L.R. (2d) 44; 110 C.C.C. (3d) 223; 3 C.P.C. (4th) 1; 38 C.R.R. (2d) 212; 22 M.V.R. (3d) 251; 201 N.R. 380.

REFERRED TO:

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; 2002 SCC 33; *Canada v. Tremblay*, [2004] 4 F.C.R. 165; (2004), 244 D.L.R. (4th) 422; 327 N.R. 160; 2004 FCA 172; leave to appeal to S.C.C. refused, [2004] 3 S.C.R. xiii; *Haig v. Canada*, [1992] 3 F.C. 611; (1992), 97 D.L.R. (4th) 71; 145 N.R. 233 (C.A.); affd [1993] 2 S.C.R. 995; (1993), 105 D.L.R. (4th) 577; 16 C.R.R. (2d) 193; 156 N.R. 81; *Macinnis v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 464; (1994), 113 D.L.R. (4th) 529; 25 Admin. L.R. (2d) 294; 47 M.P.L.R. (3d) 162; 166 N.R. 57 (C.A.); *Drapeau*

L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27), 18.4(2) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 72 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194), 74d).
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 304.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 299 (mod. par DORS/2006-219, art. 9), 299.1 à 299.42 (édictees par DORS/2002-417, art. 17; abrogées par DORS/2007-301, art. 6), 334.1 à 334.4 (édictees, *idem*, art. 7).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada c. Grenier, [2006] 2 R.C.F. 287; 2005 CAF 348; *Griffith v. Winter* (2003), 15 B.C.L.R. (4th) 390; 184 B.C.A.C. 121; 34 C.P.C. (5th) 216; 2003 BCCA 367; *Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 2 R.C.F. 531; 2005 CAF 308; *Bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Procureur général)*, 2001 CFPI 181; conf. par (*sub nom. Canada (Ministre des Pêches et des Océans) c. Bande indienne de Shubenacadie*) 2002 CAF 255; *Noade c. Tribu des Blood*, 2002 CFPI 2011.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Momi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2007] 2 R.C.F. 291; 2006 CF 738; *Radil Bros. Fishing Co. c. Canada (Ministère des Pêches et des Océans)*, [1998] A.C.F. n° 1744 (1^{re} inst.) (QL); *Caputo v. Imperial Tobacco Ltd.* (2005), 74 O.R. (3d) 728; 250 D.L.R. (4th) 756; 9 C.P.C. (6th) 175; [2005] O.T.C. 160 (C.S.J.); *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347.

DÉCISIONS CITÉES :

Housen c. Nikolaisen, [2002] 2 R.C.S. 235; 2002 CSC 33; *Canada c. Tremblay*, [2004] 4 R.C.F. 165; 2004 CAF 172; autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2004] 3 R.C.S. xiii; *Haig c. Canada*, [1992] 3 C.F. 611 (C.A.); conf. par [1993] 2 R.C.S. 995; *Macinnis c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 464 (C.A.); *Drapeau c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1995] A.C.F. n° 536 (C.A.F) (QL); *Al-Mhamad c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications)*, 2003 CAF 45; *Nanaimo Immigrant Settlement Society v. British Columbia* (2001), 149 B.C.A.C. 26; 84 B.C.L.R. (3d) 208; 2001 BCCA 75.

v. Canada (Minister of National Defence) (1995), 179 N.R. 398 (F.C.A.); *Al-Mhamad v. Canada (Radio-Television and Telecommunications Commission)*, 2003 FCA 45; *Nanaimo Immigrant Settlement Society v. British Columbia* (2001), 149 B.C.A.C. 26; 84 B.C.L.R. (3d) 208; 2001 BCCA 75.

AUTHORS CITED

Branch, Ward K. *Class Actions in Canada*, looseleaf. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1996.

APPEAL from a Federal Court order ([2008] 4 F.C.R. 391; (2008), 67 Imm. L.R. (3d) 61; 2008 FC 7) granting the respondents' motion to treat their application for judicial review of fees charged by the appellant pursuant to the *Immigration and Refugee Protection Regulations* and formerly enacted regulations as an action and for their action to be certified as a class action. Appeal allowed in part.

APPEARANCES:

Marie-Louise Wcislo and Lorne McClenaghan for appellant.
Lorne Waldman and Gerry A. Cuttler for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Waldman & Associates, Toronto, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

SEXTON J.A.:

Introduction

[1] This is an appeal of the order of Mr. Justice Harrington [[2008] 4 F.C.R. 391 (F.C.)] (the motions Judge) who granted the motion of Alan and Irina Hinton (the respondents) to treat their application for judicial review of fees charged by the Minister of Citizenship and Immigration (the appellant) pursuant to the *Immigration and Refugee Protection Regulations*,

DOCTRINE CITÉE

Branch, Ward K. *Class Actions in Canada*, feuilles mobiles. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1996.

APPEL d'une ordonnance rendue par la Cour fédérale ([2008] 4 R.C.F. 391; 2008 CF 7) qui a accueilli la requête présentée par les intimés afin que leur demande de contrôle judiciaire des frais perçus par l'appelant en application du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* et des règlements antérieurs soit traitée comme s'il s'agissait d'une action, et que leur action soit autorisée comme recours collectif. Appel accueilli en partie.

ONT COMPARU :

Marie-Louise Wcislo et Lorne McClenaghan pour l'appelant.
Lorne Waldman et Gerry A. Cuttler pour les intimés.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelant.
Waldman & Associates, Toronto, pour les intimés.

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

LE JUGE SEXTON, J.C.A. :

Introduction

[1] Il s'agit de l'appel d'une ordonnance rendue par le juge Harrington [[2008] 4 R.C.F. 391 (C.F.)] (le juge des requêtes) qui a accueilli la requête présentée par Alan et Irina Hinton (les intimés) afin que leur demande de contrôle judiciaire concernant des frais facturés par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (l'appelant) en vertu du *Règlement sur l'immigration et*

SOR/2002-227 and formerly enacted regulations (collectively, the impugned regulations) as an action and for their action against the appellant to be certified as a class action. The respondents sought to initiate a class action on behalf of those who paid processing fees prescribed by the impugned regulations and thus charged by the Department of Citizenship and Immigration Canada (CIC) with respect to various immigration visas. They seek a partial refund and declaratory relief on the basis that Her Majesty the Queen made a profit on the service, rendering the impugned regulations contrary to the provisions of the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11.

[2] By virtue of section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], the Federal Court has exclusive original jurisdiction to hear and determine challenges of the decisions of federal boards, commissions or other tribunals by way of declaratory relief, *certiorari*, *mandamus*, etc. Pursuant to this Court's decision in *Canada v. Grenier*, [2006] 2 F.C.R. 287 (F.C.A.) (*Grenier*), such challenges must be commenced by way of an application for judicial review, rather than being collaterally attacked by way of an action.

[3] Subsequent to commencing their application for leave and judicial review on September 14, 2006, the respondents moved, in June 2007, to simultaneously "convert" their application into an action and have such an action certified as a class action. It is this stage of the proceedings that is at issue in this appeal.

[4] The appellant takes the position that: (1) the originating leave application commenced by the respondents pursuant to subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), which only questioned the *vires* of a single regulation, was not sufficiently broad to encompass individuals affected by one of over 40 other regulations; (2) a damages claim could not be commenced prior to a final disposition of the application for judicial review; and (3) a class action was not the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common questions of law and fact in determining the legal validity of the impugned regulations.

la protection des réfugiés, DORS/2002-227 et des règlements antérieurs (collectivement, les règlements contestés) soit traitée comme s'il s'agissait d'une action, et que leur action contre l'appelant soit autorisée comme recours collectif. Les intimés souhaitaient intenter un recours collectif au nom de ceux qui ont payé des frais de traitement en vertu des règlements contestés, donc des frais exigés par le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada (CIC), pour l'obtention de divers visas d'immigration. Les intimés cherchent à obtenir un remboursement partiel et un jugement déclaratoire au motif que Sa Majesté la Reine a tiré un profit du service, ce qui rend les règlements contestés contraires à la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11.

[2] En vertu de l'article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], la Cour fédérale a compétence exclusive pour rendre un jugement déclaratoire, ou pour décerner un bref de *certiorari*, de *mandamus*, etc., à l'égard des décisions de tout office fédéral. Conformément à la décision de la Cour dans *Canada c. Grenier*, [2006] 2 R.C.F. 287 (C.A.F.) (*Grenier*), ces décisions doivent être contestées par voie de demande de contrôle judiciaire, et non attaquées collatéralement par voie d'action.

[3] Après avoir présenté leur demande d'autorisation et de contrôle judiciaire, le 14 septembre 2006, les intimés ont demandé, en juin 2007, à ce que leur demande soit « convertie » en action et qu'un recours collectif soit autorisé par le fait même. C'est de cette étape de la procédure qu'il est question en l'espèce.

[4] L'appelant estime que : 1) la demande d'autorisation initiale présentée par les intimés conformément au paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR), qui ne visait à contester la validité que d'un seul règlement, n'était pas suffisamment large pour englober les personnes touchées par l'un des quelque 40 autres règlements; 2) une action en dommages-intérêts ne pouvait être présentée avant qu'une décision définitive sur la demande de contrôle judiciaire n'ait été rendue; 3) s'agissant de déterminer la validité juridique des règlements contestés, le recours collectif n'était pas le meilleur moyen de régler de façon équitable et efficace les points de droit ou de fait collectifs.

[5] For the reasons that follow I agree with the appellant on the first ground, but disagree with respect to the second and third grounds. Thus in the result I would allow the appeal in part by limiting the class of plaintiffs to consist of individuals covered by the leave application, but without prejudice to the right of the respondents or some other person on behalf of the remainder of the proposed class to apply for leave for judicial review and to be added into the certified class as limited by this judgment.

Facts

[6] Since approximately 1986, CIC has charged processing service fees to persons who submit various applications under the IRPA, including applications to temporarily visit, work or study in Canada, applications to sponsor relatives living abroad wishing to emigrate to Canada, and applications to come to Canada as a permanent resident. Pursuant to the impugned regulations, different service fees are set for each kind of application.

[7] On or about May 30, 2003, Alan Hinton submitted an application to sponsor his wife, who resided in Russia, to come to Canada. A few months after Alan Hinton paid his processing fee, Irina Hinton was notified by the Canadian Embassy in Moscow to pick up her permanent resident visa. There was no immigration interview for either of the respondents. Alan Hinton had paid \$75. Based on a draft of an internal CIC report of the costs of delivering immigration services obtained through an *Access to Information Act* [R.S.C., 1985, c. A-1] request, the respondents believe that the “unit cost” for sponsorship determinations for spouses (including children) was roughly half of what Mr. Hinton paid.

[8] In March of 2005, a proposed class action, which included the respondents, was filed by way of statement of claim against the appellant. That claim challenged the legal validity of more than 40 current (and former) immigration service fees, enacted between 1986 and

[5] Pour les motifs qui suivent, je partage l’avis de l’appelant au sujet du premier argument, mais je suis en désaccord avec lui quant aux deux autres. Par conséquent, j’accueillerais l’appel en partie et limiterais le groupe de demandeurs aux personnes visées par la demande d’autorisation, mais sans porter atteinte au droit des intimés, ou de toute autre personne, de présenter, au nom des autres membres du groupe proposé, une demande d’autorisation de contrôle judiciaire et une demande en vue de faire partie du groupe visé par le recours autorisé, tel que limité par le présent jugement.

Faits

[6] Depuis environ 1986, CIC a facturé des frais de traitement aux personnes qui présentent différentes demandes en application de la LIPR, y compris les demandes de visas de résident temporaire, de travail ou d’étude au Canada, les demandes visant à parrainer des proches vivant à l’étranger et qui désirent émigrer au Canada, et les demandes d’entrée au Canada en tant que résident permanent. Conformément aux règlements contestés, des frais de traitement divers ont été fixés pour chaque type de demande.

[7] Le 30 mai 2003, ou vers cette date, Alan Hinton a présenté une demande visant à parrainer son épouse, qui résidait en Russie, afin qu’elle puisse venir au Canada. Quelques mois après qu’il eut payé les frais de traitement, l’ambassade canadienne à Moscou a informé Irina Hinton qu’elle pouvait venir chercher son visa de résidence permanente. Aucun des intimés n’a dû passer une entrevue d’immigration. Alan Hinton a versé 75 \$. Se fondant sur un projet de rapport interne de CIC, obtenu grâce à une requête présentée en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information* [L.R.C. (1985), ch. A-1] et portant sur les coûts liés aux services d’immigration, les intimés soutiennent que le « coût à l’unité » des décisions portant sur le parrainage des époux (y compris les enfants) était d’environ la moitié du prix payé par M. Hinton.

[8] En mars 2005, un recours collectif envisagé, visant notamment les intimés, a été déposé par voie de déclaration contre l’appelant. Par cette action, la validité juridique de quelque 40 frais de traitement actuels (ou anciens) en matière d’immigration, imposés entre 1986

2002, on the basis that those fees violated subsection 19(2) [as am. by S.C. 1991, c. 24, s. 6] of the *Financial Administration Act* [R.S.C., 1985, c. F-11], which provides that the fees charged by the federal government for a service cannot exceed the cost of providing it. On June 26, 2006, because of *Grenier*, the motions Judge (for clarification, Justice Harrington is the case management Judge for this entire proceeding and thus has presided over all stages of the proceeding) decided in *Momi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 2 F.C.R. 291 (F.C.) (*Momi*) to stay the action so that an application for judicial review could be launched in its place.

[9] In *Momi*, despite staying the class action, the motions Judge made a number of comments about the appropriateness of certification, and then concluded at paragraphs 81 and 83:

I have taken into account the matters set out in subsection 299.18(2) of the Rules. Common questions of law or fact predominate. There is not a significant number of members of the class who would have a valid interest in individually controlling their separate actions. It will cost a fortune to advance a claim, whether it is for one visa, or ten million. It is difficult to think any member of the class would want to take his or her separate action. Other possible means of resolving the claims are in my view less practical and less efficient.

...

Although I am dismissing the motion to certify at this time, the action remains under case management. Nothing further need be done until the delays to appeal have expired. If the plaintiffs launch an appeal, the issue is whether this action should be stayed and, if so, on what basis. If they do not appeal, the modalities of the application for judicial review contemplated herein should be discussed.

[10] Rather than appeal, the respondents applied for leave to commence an application for judicial review pursuant to subsection 72(1) of the IRPA, filed September 14, 2006. The application was to review a decision of Citizenship and Immigration Canada issued on or about May 30, 2003, wherein the Minister charged and Alan Hinton paid \$75 to the Receiver General for Canada for the determination of an application for

et 2002, était contestée au motif que l'imposition de ces frais contrevenait au paragraphe 19(2) [mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 6] de la *Loi sur la gestion des finances publiques* [L.R.C. (1985), ch. F-11], selon lequel les frais de traitement facturés par le gouvernement fédéral ne peuvent excéder les coûts supportés pour leur prestation. Le 26 juin 2006, s'appuyant sur *Grenier*, le juge des requêtes (précisons que le juge Harrington est le juge responsable de la gestion de l'instance pour l'ensemble de la présente procédure et qu'il a ainsi présidé à toutes les étapes de la procédure) a décidé, dans *Momi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 2 R.C.F. 291 (C.F.) (*Momi*), de suspendre l'action afin que l'on puisse y substituer une demande de contrôle judiciaire.

[9] Dans *Momi*, bien qu'il ait suspendu l'action, le juge des requêtes a formulé de nombreux commentaires au sujet du bien-fondé de l'autorisation, et a conclu ainsi, aux paragraphes 81 et 83 :

J'ai tenu compte des éléments exposés au paragraphe 299.18(2) des Règles. Les points de droit et de fait collectifs prédominent. Le nombre des membres du groupe qui pourraient avoir un véritable intérêt à contrôler individuellement leur propre action est très faible. Présenter une réclamation, qu'elle vise un seul visa ou dix millions de visas, coûtera une fortune. Il est difficile d'imaginer qu'un membre du groupe pourrait souhaiter tenter sa propre action. Les autres voies permettant de résoudre ces demandes sont, à mon avis, moins pratiques et moins efficaces.

[...]

Je rejette pour le moment la requête en autorisation, mais l'action demeure une instance à gestion spéciale. Il n'y a pas lieu de prendre d'autre mesure avant l'expiration des délais d'appel. Si les demandeurs interjettent appel, il faudrait se demander si la présente action doit être suspendue et, si c'est le cas, pour quel motif. S'ils n'interjettent pas appel, il conviendra d'examiner les modalités de la demande de contrôle judiciaire envisagée dans les présents motifs.

[10] Plutôt que d'interjeter appel, les intimés ont déposé, le 14 septembre 2006, une demande de contrôle judiciaire conformément au paragraphe 72(1) de la LIPR. La demande portait sur une décision de Citoyenneté et Immigration Canada rendue le 30 mai 2003 ou vers cette date, par laquelle le ministre a réclamé la somme de 75 \$ à Alan Hinton, somme qu'Alan Hinton a versée au receveur général du Canada, en vue du

sponsorship for his wife. Unlike *Momi*, the leave application in this case challenged only one CIC fee regulation: section 304 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* which require that a sponsor pay a service fee of \$75 to have CIC process an application seeking to be a sponsor for a member of the family class.

[11] Concerned that the application for leave had been out of time, the Court extended the time for commencing the application. The motions Judge ordered that the proceeding be managed as a specially managed proceeding on November 17, 2006. The motions Judge ultimately granted the application for leave on April 24, 2007, and ordered the appointment of a case management Judge on May 14, 2007.

[12] In June 2007, the respondents moved to “convert” the application into an action and certify it as a class action. Included in the proposed class were all the people under the impugned regulations, despite the application for leave only applying to one regulation, namely section 304 of the current *Immigration and Refugee Protection Regulations*.

Legislation

[13] The substance of the respondents’ claim lies in subsection 19(2) of the *Financial Administration Act* which provides:

19. ...

(2) Fees and charges for a service or the use of a facility provided by or on behalf of Her Majesty in right of Canada that are prescribed under subsection (1) or the amount of which is adjusted under section 19.2 may not exceed the cost to Her Majesty in right of Canada of providing the service or the use of the facility to the users or class of users.

[14] Section 18 of the *Federal Courts Act* provides, in part:

18. (1) Subject to section 28, the Federal Court has exclusive original jurisdiction

traitement de la demande de parrainage de son épouse. Contrairement à *Momi*, la demande d’autorisation en l’espèce ne visait à contester qu’une seule disposition réglementaire relative à des frais à payer à CIC : l’article 304 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, qui prévoit que le parrain doit payer une somme de 75 \$ afin que CIC examine la demande de parrainage d’un membre de la catégorie du regroupement familial.

[11] Préoccupée par le fait que la demande d’autorisation avait été présentée après l’expiration du délai prescrit, la Cour a prorogé le délai de présentation de la demande. Le 17 novembre 2006, le juge des requêtes a ordonné que l’instance soit gérée comme une instance à gestion spéciale. Il a finalement accueilli la demande d’autorisation, le 24 avril 2007, et a ordonné la nomination d’un juge responsable de la gestion de l’instance, le 14 mai 2007.

[12] En juin 2007, les intimés ont demandé à ce que la demande soit « convertie » en action et qu’elle soit autorisée comme recours collectif. Étaient visées par le recours collectif envisagé, toutes les personnes concernées par les règlements contestés, même si la demande d’autorisation ne s’appliquait qu’à une seule disposition réglementaire, à savoir l’article 304 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, actuellement en vigueur.

Dispositions législatives

[13] La demande des intimés repose essentiellement sur le paragraphe 19(2) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, qui prévoit ce qui suit :

19. [...]

(2) Le prix fixé en vertu du paragraphe (1) ou rajusté conformément à l’article 19.2 ne peut excéder les coûts supportés par Sa Majesté du chef du Canada pour la prestation des services aux bénéficiaires ou usagers, ou à une catégorie de ceux-ci, ou la mise à leur disposition des installations.

[14] L’article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoit, en partie, ce qui suit :

18. (1) Sous réserve de l’article 28, la Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, pour :

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

...

(3) The remedies provided for in subsections (1) and (2) may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1

[15] The powers of the Federal Court on applications for judicial review are outlined by subsection 18.1(3) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27]:

18.1 ...

(3) On an application for judicial review, the Federal Court may

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

[16] In contrast, the Federal Court's concurrent original jurisdiction with respect to actions against the Crown is provided by subsections 17(1) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 25] and (2) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3; 2002, c. 8, s. 25]:

17. (1) Except as otherwise provided in this Act or any other Act of Parliament, the Federal Court has concurrent original jurisdiction in all cases in which relief is claimed against the Crown.

(2) Without restricting the generality of subsection (1), the Federal Court has concurrent original jurisdiction, except as otherwise provided, in all cases in which

(a) the land, goods or money of any person is in the possession of the Crown;

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral.

[...]

(3) Les recours prévus aux paragraphes (1) ou (2) sont exercés par présentation d'une demande de contrôle judiciaire.

[15] Les pouvoirs de la Cour fédérale en ce qui concerne les demandes de contrôle judiciaire sont énoncés au paragraphe 18.1(3) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] :

18.1 [...]

(3) Sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale peut :

a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.

[16] Par ailleurs, la compétence concurrente, en première instance, de la Cour fédérale dans les cas d'actions contre la Couronne est prévue aux paragraphes 17(1) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 25] et (2) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3; 2002, ch. 8, art. 25] :

17. (1) Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, la Cour fédérale a compétence concurrente, en première instance, dans les cas de demande de réparation contre la Couronne.

(2) Elle a notamment compétence concurrente en première instance, sauf disposition contraire, dans les cas de demande motivés par :

a) la possession par la Couronne de terres, biens ou sommes d'argent appartenant à autrui;

(b) the claim arises out of a contract entered into by or on behalf of the Crown;

(c) there is a claim against the Crown for injurious affection; or

(d) the claim is for damages under the *Crown Liability and Proceedings Act*.

b) un contrat conclu par ou pour la Couronne;

c) un trouble de jouissance dont la Couronne se rend coupable;

d) une demande en dommages-intérêts formée au titre de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*.

[17] Subsection 18.4(2) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28] of the *Federal Courts Act* provides for the “conversion” of an application into an action:

18.4 ...

(2) The Federal Court may, if it considers it appropriate, direct that an application for judicial review be treated and proceeded with as an action.

[18] All decisions arising under the IRPA can only be judicially reviewed subsequent to the granting of leave, pursuant to section 72 [s. 72(2)(b) (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194)] of the IRPA:

72. (1) Judicial review by the Federal Court with respect to any matter—a decision, determination or order made, a measure taken or a question raised—under this Act is commenced by making an application for leave to the Court.

(2) The following provisions govern an application under subsection (1):

(a) the application may not be made until any right of appeal that may be provided by this Act is exhausted;

(b) subject to paragraph 169(f), notice of the application shall be served on the other party and the application shall be filed in the Registry of the Federal Court (“the Court”) within 15 days, in the case of a matter arising in Canada, or within 60 days, in the case of a matter arising outside Canada, after the day on which the applicant is notified of or otherwise becomes aware of the matter;

(c) a judge of the Court may, for special reasons, allow an extended time for filing and serving the application or notice;

(d) a judge of the Court shall dispose of the application without delay and in a summary way and, unless a judge of the Court directs otherwise, without personal appearance; and

[17] Le paragraphe 18.4(2) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28] de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoit la « conversion » d’une demande en action :

18.4 [...]

(2) Elle peut, si elle l’estime indiqué, ordonner qu’une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s’il s’agissait d’une action.

[18] Le contrôle judiciaire de toutes les décisions rendues sous le régime de la LIPR est subordonné à l’octroi d’une autorisation, conformément à l’article 72 [art. 72(2)(b) (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194)] de la LIPR :

72. (1) Le contrôle judiciaire par la Cour fédérale de toute mesure — décision, ordonnance, question ou affaire — prise dans le cadre de la présente loi est subordonné au dépôt d’une demande d’autorisation.

(2) Les dispositions suivantes s’appliquent à la demande d’autorisation :

a) elle ne peut être présentée tant que les voies d’appel ne sont pas épuisées;

b) elle doit être signifiée à l’autre partie puis déposée au greffe de la Cour fédérale — la Cour — dans les quinze ou soixante jours, selon que la mesure attaquée a été rendue au Canada ou non, suivant, sous réserve de l’alinéa 169f), la date où le demandeur en est avisé ou en a eu connaissance;

c) le délai peut toutefois être prorogé, pour motifs valables, par un juge de la Cour;

d) il est statué sur la demande à bref délai et selon la procédure sommaire et, sauf autorisation d’un juge de la Cour, sans comparution en personne;

(e) no appeal lies from the decision of the Court with respect to the application or with respect to an interlocutory judgment.

e) le jugement sur la demande et toute décision interlocutoire ne sont pas susceptibles d'appel.

[19] Rule 299 [as am. by SOR/2006-219, s. 9 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] outlines the Federal Court regime governing class actions that was in force when the respondents' application was commenced. The conditions to certify a class are provided in rule 299.18 [as enacted by SOR/2002-417, s. 17]:

[19] La règle 299 [mod. par DORS/2006-219, art. 9 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] établit le régime applicable aux recours collectifs devant la Cour fédérale, qui était en vigueur au moment où la demande des intimés a été présentée. Les conditions préalables à l'autorisation d'un recours collectif figurent à la règle 299.18 [éditée par DORS/2002-417, art. 17] des Règles :

299.18 (1) Subject to subsection (3), a judge shall certify an action as a class action if

299.18 (1) Sous réserve du paragraphe (3), le juge autorise une action comme recours collectif si les conditions suivantes sont réunies :

(a) the pleadings disclose a reasonable cause of action;

a) les actes de procédure révèlent une cause d'action valable;

(b) there is an identifiable class of two or more persons;

b) il existe un groupe identifiable formé d'au moins deux personnes;

(c) the claims of the class members raise common questions of law or fact, whether or not those common questions predominate over questions affecting only individual members;

c) les réclamations des membres du groupe soulèvent des points de droit ou de fait collectifs, qu'ils prédominent ou non sur ceux qui ne concernent qu'un membre;

(d) a class action is the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common questions of law or fact; and

d) le recours collectif est le meilleur moyen de régler de façon équitable et efficace les points de droit ou de fait collectifs;

(e) there is a representative plaintiff who

e) un des membres du groupe peut agir comme représentant demandeur et, à ce titre :

(i) would fairly and adequately represent the interests of the class,

(i) représenterait de façon équitable et appropriée les intérêts du groupe,

(ii) has prepared a plan for the action that sets out a workable method of advancing the action on behalf of the class and of notifying class members how the proceeding is progressing,

(ii) a élaboré un plan qui propose une méthode efficace pour poursuivre l'action au nom du groupe et tenir les membres du groupe informés du déroulement de l'instance,

(iii) does not have, on the common questions of law or fact, an interest that is in conflict with the interests of other class members, and

(iii) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe en ce qui concerne les points de droit ou de fait collectifs,

(iv) provides a summary of any agreements respecting fees and disbursements between the representative plaintiff and the representative plaintiff's solicitor.

(iv) communique un sommaire des ententes relatives aux honoraires et débours qui sont intervenues entre lui et son avocat.

(2) All relevant matters shall be considered in a determination of whether a class action is the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common questions of law or fact, including whether

(2) Afin de déterminer si le recours collectif est le meilleur moyen de régler les points de droit ou de fait collectifs de façon équitable et efficace, tous les facteurs pertinents doivent être pris en compte, notamment les facteurs suivants :

(a) questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members;

(b) a significant number of the members of the class have a valid interest in individually controlling the prosecution of separate actions;

(c) the class action would involve claims that are or have been the subject of any other action;

(d) other means of resolving the claims are less practical or less efficient; and

(e) the administration of the class action would create greater difficulties than those likely to be experienced if relief were sought by other means.

(3) If the judge determines that a class includes a subclass whose members have claims that raise common questions of law or fact not shared by all the class members so that the protection of the interests of the subclass members requires that they be separately represented, the judge shall not certify the action as a class action unless there is a representative plaintiff who

(a) would fairly and adequately represent the interests of the subclass;

(b) has prepared a plan for the action that sets out a workable method of advancing the action on behalf of the subclass and of notifying subclass members how the proceeding is progressing;

(c) does not have, on the common questions of law or fact for the subclass, an interest that is in conflict with the interests of other subclass members; and

(d) provides a summary of any agreements respecting fees and disbursements between the representative plaintiff and the representative plaintiff's solicitor.

[20] The contents of the order for certification are delineated in rule 299.19 [as enacted by SOR/2002-417, s. 17]:

299.19 (1) An order certifying an action as a class action shall

(a) describe the class;

(b) state the name of the representative plaintiff;

(c) state the nature of the claims made on behalf of the class;

a) la prédominance des points de droit ou de fait collectifs sur ceux qui ne concernent que certains membres;

b) le nombre de membres du groupe qui ont véritablement intérêt à poursuivre des actions séparées;

c) la question de savoir si le recours collectif comprendrait des réclamations qui ont été ou qui sont l'objet d'autres actions;

d) l'aspect pratique ou l'efficacité des autres moyens de régler les réclamations;

e) la question de savoir si la gestion du recours collectif créerait de plus grandes difficultés que l'adoption d'un autre moyen.

(3) Si le juge constate qu'il existe au sein du groupe un sous-groupe dont les réclamations soulèvent des points de droit ou de fait collectifs que ne partagent pas tous les membres du groupe de sorte que la protection des intérêts des membres du sous-groupe exige qu'ils aient un représentant distinct, il n'autorise l'action comme recours collectif que si un des membres du sous-groupe peut agir comme représentant demandeur et, à ce titre :

a) représenterait de façon équitable et appropriée les intérêts du sous-groupe;

b) a élaboré un plan qui propose une méthode efficace pour poursuivre l'action au nom du sous-groupe et tenir les membres du sous-groupe informés du déroulement de l'instance;

c) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du sous-groupe en ce qui concerne les points de droit ou de fait collectifs;

d) communique un sommaire des ententes relatives aux honoraires et débours qui sont intervenues entre lui et son avocat.

[20] Le contenu de l'ordonnance d'autorisation est décrit à la règle 299.19 [éditée par DORS/2002-417, art. 17] des Règles :

299.19 (1) L'ordonnance d'autorisation de l'action comme recours collectif contient les éléments suivants :

a) la description du groupe;

b) le nom du représentant demandeur;

c) l'énoncé de la nature des réclamations présentées au nom du groupe;

(d) state the relief claimed by or from the class;

(e) set out the common questions of law or fact for the class; and

(f) specify the time and manner for members to opt out of the class action.

(2) If the judge determines that a class includes a subclass whose members have claims that raise common questions of law or fact not shared by all class members so that the protection of the interests of the subclass members requires that they be separately represented, the order certifying the action as a class action shall include the information referred to in subsection (1) in respect of the subclass.

[21] Rule 299.2 [as enacted *idem*] provides further guidance with respect to certifying a class:

299.2 A judge shall not refuse to certify an action as a class action solely on one or more of the following grounds:

(a) the relief claimed includes a claim for damages that would require an individual assessment after a determination of the common questions of law or fact;

(b) the relief claimed relates to separate contracts involving different class members;

(c) different remedies are sought for different class members;

(d) the number of class members or the identify of each class member is not known; or

(e) the class includes a subclass whose members have claims that raise common questions of law or fact not shared by all class members.

[22] Rule 299.11 [as enacted *idem*] envisioned the possibility of an application for judicial review being treated as a class action in subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act*:

299.11 Rules 299.1 and 299.12 to 299.42 also apply to an application for judicial review that is to be treated and proceeded with as an action under subsection 18.4(2) of the Act.

d) l'énoncé des réparations demandées par ou contre le groupe;

e) l'énumération des points de droit et de fait collectifs du groupe;

f) des instructions quant à la façon dont les membres du groupe peuvent s'exclure du recours collectif et la date limite pour le faire.

(2) Si le juge constate qu'il existe au sein du groupe un sous-groupe dont les réclamations soulèvent des points de droit ou de fait collectifs que ne partagent pas tous les membres du groupe de sorte que la protection des intérêts des membres du sous-groupe exige qu'ils aient un représentant distinct, l'ordonnance d'autorisation de l'action comme recours collectif contient les éléments visés au paragraphe (1) à l'égard du sous-groupe.

[21] La règle 299.2 [éditée, *idem*] des Règles fournit d'autres indications sur l'autorisation d'un recours collectif :

299.2 Le juge ne peut refuser d'autoriser une action comme recours collectif en se fondant uniquement sur l'un ou plusieurs des motifs suivants :

a) les réparations demandées comprennent une réclamation de dommages-intérêts qui exigerait, une fois les points de droit ou de fait collectifs tranchés, une évaluation individuelle;

b) les réparations demandées portent sur des contrats distincts concernant différents membres du groupe;

c) les réparations demandées ne sont pas les mêmes pour tous les membres du groupe;

d) le nombre de membres du groupe ou l'identité de chacun des membres est inconnu;

e) il existe au sein du groupe un sous-groupe dont les réclamations soulèvent des points de droit ou de fait collectifs que ne partagent pas tous les membres du groupe.

[22] La règle 299.11 [édité, *idem*] des Règles laisse entrevoir la possibilité qu'une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'un recours collectif en vertu du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* :

299.11 Les règles 299.1 et 299.12 à 299.42 s'appliquent notamment à une demande de contrôle judiciaire dans le cas où la Cour a ordonné, en vertu du paragraphe 18.4(2) de la Loi, qu'elle soit instruite comme une action.

[23] Rules 299.1 to 299.42 were repealed effective December 13, 2007 [SOR/2007-301, s. 6]—following the hearing under appeal before the motions Judge but prior to the release of his decision—and replaced by class proceedings rules 334.1 to 334.4 (SOR/2007-301, s.7).

Decision below

[24] The motions Judge granted an order to convert the application for judicial review into an action and certified the class action.

[25] He concluded that this Court’s decision in *Grenier* does not stand for the proposition that a judicial review must be completed before an action can be commenced, especially in light of the existence of subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act*.

[26] He rejected the argument that the class action could not encompass fees chargeable under the regulations which were not attacked in the original application for leave. The motions Judge said, at paragraphs 18 and 20:

Although the Minister’s proposition may have merit in the abstract, subsection 19(2) [as am. by S.C. 1991, c. 24, s. 6] of the *Financial Administration Act* provides that “[f]ees and charges for a service ... may not exceed the cost to Her Majesty.” Notice the singular “service” and the plural “fees.” As mentioned in *Momi*, the fee differential for different types of visas may well depend on the amount of time or labour required. There is no real basis at this stage for suggesting that each “fee” is a distinct “service.”

...

If rule 299.11 has any meaning, a converted judicial review which has been certified if it were a class action must call into question more than one decision. It appears that only one service is in issue. This is not to say that as the case develops, subclasses may have to be created with respect to specific fees.

[27] The motions Judge then turned to the five-part test for certification as outlined in rule 299.18. Given that leave had already been granted for the application for

[23] Les règles 299.1 à 299.42 ont été abrogées le 13 décembre 2007 [DORS/2007-301, art. 6] — après l’audience visée par l’appel, mais avant que le juge des requêtes n’ait rendu sa décision — et ont été remplacées par les règles 334.1 à 334.4 relatives aux recours collectifs (DORS/2007-301, art. 7).

La décision de la Cour fédérale

[24] Le juge des requêtes a prononcé une ordonnance portant « conversion » de la demande de contrôle judiciaire en action et a autorisé le recours collectif.

[25] Il a conclu que la décision de la Cour dans *Grenier* ne permet pas d’affirmer que le processus de contrôle judiciaire doit être terminé avant qu’une action puisse être intentée, particulièrement au vu du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[26] Il a rejeté l’argument voulant que le recours collectif ne puisse pas porter sur les frais exigibles en application de règlements qui n’étaient pas contestés dans la demande d’autorisation initiale. Le juge des requêtes a déclaré ce qui suit, aux paragraphes 18 et 20 :

Bien que l’argument du ministre puisse être bien fondé dans l’abstrait, le paragraphe 19(2) [mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 6] de la *Loi sur la gestion des finances publiques* dispose que « [l]e prix fixé [...] ne peut excéder les coûts supportés par Sa Majesté [...] pour la prestation des services ». Noter dans la version anglaise le singulier du mot « service » et le pluriel du mot « fees ». Comme je l’ai mentionné dans la décision *Momi*, l’écart entre les frais selon les différents types de visa peut très bien dépendre du temps et du travail nécessaires à leur traitement. Il n’y a aucun fondement véritable à ce stade-ci qui puisse donner à penser que chaque « fee » (type de frais) correspond à un « service » (service) distinct.

[...]

Pour que la règle 299.11 garde tout son sens, un contrôle judiciaire converti en action qui est elle-même autorisée comme recours collectif doit remettre en question plus d’une décision. Il semble que seulement un service pose un problème, ce qui n’empêche pas qu’à mesure que l’affaire évolue, on ne puisse pas créer des sous-groupes relativement à certains frais.

[27] Le juge des requêtes a ensuite porté son attention sur le critère en cinq parties relatif à l’autorisation décrit à la règle 299.18 des Règles. Comme la demande de

judicial review, the motions Judge concluded that there was a reasonable cause of action.

[28] Excluding those in the class who may face a six-year time bar defence, the motions Judge concluded that there was an identifiable class, namely plaintiffs alleging a systemic violation of subsection 19(2) of the *Financial Administration Act*. The class consists of those persons who, at any time during the period 1 April 1994 to 31 March 2004, paid a fee or charge to Her Majesty in right of Canada for a determination of any of the applications made pursuant to any one or more of the impugned regulations, and who were informed of determination decisions in respect of such applications on or after September 12, 2000.

[29] There were common questions of law or fact, as allegations of systemic violations of subsection 19(2) of the *Financial Administration Act* permeated throughout. The motions Judge acknowledged that some subclasses might have to be created if it were established that different fees were determined by way of different methodologies. He identified the common question of fact to be whether the fees and charges for the service exceeded the cost to Her Majesty in right of Canada of providing the service to the plaintiff class. If that question of fact were answered in the affirmative, the common question of law would be whether the plaintiff class is entitled to recovery.

[30] The motions Judge considered the factors outlined in subsection 299.18(2) of the Rules to determine whether or not a class action was the preferable procedure, and decided that inquiry in the affirmative. He found that questions of law or fact common to the members of the class predominated over questions affecting individual members, once those who could face a time-bar defence were eliminated from the class. Given the small size of the award per member, he concluded that members did not have a valid interest in individually controlling the prosecution of separate actions.

[31] The motions Judge did not agree with the appellant that the validity of the impugned regulations were better considered in an ordinary judicial review.

contrôle judiciaire avait déjà été autorisée, le juge des requêtes a conclu qu'il existait une cause d'action valable.

[28] Sous réserve des membres du groupe à qui la prescription de six ans pourrait être opposée, le juge des requêtes a conclu à l'existence d'un groupe identifiable, en l'occurrence les demandeurs alléguant une violation systématique du paragraphe 19(2) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Le groupe est constitué des personnes qui, au cours de la période du 1^{er} avril 1994 au 31 mars 2004, ont payé un type de frais à Sa Majesté du chef du Canada en vue du traitement de toute demande présentée dans le cadre d'au moins un des règlements contestés, et qui ont été informées de la décision relative à ces demandes à compter du 12 septembre 2000.

[29] La décision portait sur des points de droit ou de fait collectifs, puisque des allégations de violation systématique du paragraphe 19(2) de la *Loi sur la gestion des finances publiques* en constituaient la toile de fond. Le juge des requêtes a reconnu que des sous-groupes devraient possiblement être créés s'il était prouvé que d'autres frais ont été déterminés par des méthodologies différentes. Il a établi que le point de fait collectif était de savoir si les frais de traitement ont excédé le coût supporté par Sa Majesté du chef du Canada pour fournir les services au groupe demandeur. Dans l'affirmative, le point de droit collectif était de savoir si le groupe demandeur a droit à un recouvrement.

[30] Le juge des requêtes a examiné les facteurs décrits au paragraphe 299.18(2) des Règles afin de déterminer si le recours collectif était le meilleur moyen de régler l'affaire, question à laquelle il a répondu par l'affirmative. Il a conclu que les points de droit ou de fait collectifs prédominaient sur ceux qui ne concernent que certains membres, après avoir exclu du groupe les personnes qui pouvaient faire l'objet d'un moyen de défense fondé sur la prescription. Compte tenu des dommages-intérêts peu élevés que chacun des membres obtiendrait, il a conclu que les membres n'avaient pas de véritable intérêt à poursuivre des actions séparées.

[31] Le juge des requêtes a rejeté l'argument de l'appelant voulant que la validité des règlements contestés aurait été mieux à même d'être analysée lors

He also rejected the appellant's suggestion that the judicial review be converted into an action only after an application for judicial review had been completed. He noted that the validity of the impugned regulations cannot be determined purely as a point of law, as the question was whether or not the appellant received a profit, which is a question of fact. This would need to be determined by expert evidence, he decided. The motions Judge commented, at paragraphs 42-43:

The question is whether an exchange of affidavits, and cross-examinations thereon, would be sufficient to allow the Court to tote up the expenses, which are the real subject of controversy, and compare them to the revenue generated by the visa program. Barring testimony at the hearing, which is not the standard practice; the Court would be unable to pose questions of its own. Take for example the affidavit of Tom Heinze, a law clerk, filed in opposition to the motion. His assertions were on information and belief, but presumably his affidavit would be replaced when the matter is heard on the merits by those with personal knowledge. Among other things, he set out various expenses which the Minister submits should be taken into account when considering the cost of administering the service. One interesting item for the fiscal year commencing 1 April 2004 is the salary of the Federal Court and Federal Court of Appeal judges, of which just over half was attributed to the visa program.

Leaving aside whether the cost to Her Majesty should extend to the cost of maintaining Parliament and judges, the figures raise an almost unlimited number of questions. The *Immigration and Refugee Protection Act* takes less than half of the Federal Court's time, and the vast majority of that time relates to refugee claims, not visa claims. The Federal Court of Appeal only gets involved if a serious question of general importance is certified. How was the percentage determined? The costing is more properly dealt with on an examination for discovery. Plaintiffs' experts should have an opportunity to examine that information before filing their affidavits and testifying in open court.

The motions Judge also noted that the appellant had not agreed to a test case or to a blanket extension of time: those options could have militated towards preferring an application for judicial review.

d'un contrôle judiciaire normal. Il a également rejeté la suggestion de l'appelant voulant que le contrôle judiciaire soit converti en action seulement après le règlement complet de la demande de contrôle judiciaire. Il a fait remarquer qu'il n'était pas possible de juger de la validité des règlements contestés uniquement sur une question de droit, car il s'agissait de savoir si l'appelant a fait un profit, ce qui constitue une question de fait. Pour répondre à cette question, la Cour aurait besoin de témoignages d'experts, a-t-il conclu. Le juge des requêtes a affirmé ce qui suit, aux paragraphes 42 et 43 :

La question est de savoir si un échange d'affidavits suivi de contre-interrogatoires les concernant serait suffisant pour que la Cour puisse établir le total des dépenses, ce qui constitue l'objet réel de la controverse, en vue de les comparer au revenu tiré du programme de visa. Sauf les témoignages à l'audience, ce qui n'est pas d'usage, la Cour serait dans l'incapacité de poser ses propres questions. Qu'en serait-il, par exemple, de l'affidavit déposé par Tom Heinze, stagiaire, en contestation de la requête? Ses allégations étaient fondées sur ses croyances, mais on peut présumer que son affidavit serait remplacé par ceux de personnes ayant des connaissances personnelles lorsque l'affaire sera entendue sur le fond. Notamment, il énumère diverses dépenses qui, selon le ministre, devraient être prises en compte lors de l'évaluation du coût de la prestation des services. Un élément intéressant de l'exercice commençant le 1^{er} avril 2004 est le salaire des juges de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale, dont un peu plus de la moitié a été attribuée au programme de visa.

Abstraction faite de la question de savoir si le coût payé par Sa Majesté devrait comprendre le coût de fonctionnement du Parlement et les salaires des juges, les chiffres soulèvent une quantité presque illimitée de questions. La *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* accapare moins de la moitié de la charge de travail de la Cour fédérale et, dans la vaste majorité des cas, il s'agit de demandes d'asile et non de demandes de visa. La Cour d'appel fédérale intervient seulement si une question grave de portée générale est certifiée. De quelle façon a-t-on déterminé le pourcentage? L'interrogatoire préalable est la façon la plus appropriée d'établir les coûts. Les experts des demandeurs devraient avoir l'occasion d'examiner ces renseignements avant de déposer leurs affidavits et de témoigner en audience publique.

Le juge des requêtes a aussi fait remarquer que l'appelant n'a pas accepté de procéder au moyen d'une cause type ni d'une prorogation indéterminée du délai pour instruire l'affaire : accepter l'une ou l'autre de ces possibilités aurait pu militer en faveur d'une demande de contrôle judiciaire.

[32] Finally, the motions Judge was satisfied that the respondents would fairly and adequately represent the interests of the class, and that they presented a workable litigation plan.

Issues

[33] Pursuant to paragraph 74(d) of the IRPA, the motions Judge granted leave to appeal by certifying seven serious questions of general importance. They are [at paragraphs 57-59]:

(a) Is leave required to commence an action for judicial review, the purpose of which is to put in issue the *vires* of a regulation issued pursuant to the *Immigration and Refugee Protection Act*?

(b) Must claimants who seek recovery of money paid under a regulation alleged to be *ultra vires* commence proceedings by way of judicial review?

(c) May a judicial review, which is treated and proceeded with as an action, call into question the *vires* of fee categories not paid by the representative plaintiffs?

(d) Since recovery of money is beyond the scope of judicial review, must the claimants await the outcome of judicial review before commencing an action?

...

(e) When the legality of a federal Regulation is properly challenged in a judicial review application in Federal Court, is it premature to “convert” that judicial review into an action (pursuant to subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act*) before the Federal Court has heard and rendered its decision disposing of the judicial review?

(f) When the central legal issue in a proposed class action (launched pursuant to rule 299 [as am. by SOR/2006-219, s. 9] of the *Federal Courts Rules*) is the legality of a federal regulation, does *Grenier* (2005 FCA 348) require that the legality of the federal regulation first be determined by the Federal Court, through the process of judicial review pursuant to subsection 18(1) of the *Federal Courts Act*?

...

(g) Where the central issue in an application for judicial review which is the subject of an application for conversion and certification as a class action involves a mixed question of fact

[32] Finalement, le juge des requêtes a estimé que les intimés représenteraient de façon équitable et appropriée les intérêts du groupe, et qu’ils avaient présenté un plan de déroulement de l’instance efficace.

Questions en litige

[33] En vertu de l’alinéa 74d) de la LIPR, le juge des requêtes a accueilli l’appel et a certifié sept questions graves de portée générale. Les voici [aux paragraphes 57 à 59] :

a) Une autorisation est-elle nécessaire pour présenter une demande de contrôle judiciaire dont l’objet est de remettre en question la validité d’un règlement pris en vertu de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*?

b) Le demandeur qui cherche à recouvrir une somme payée en application d’un règlement qu’il allègue être invalide doit-il procéder par voie de contrôle judiciaire?

c) Un contrôle judiciaire qui est instruit comme s’il s’agissait d’une action peut-il remettre en question la validité de catégories de frais que les représentants demandeurs n’ont pas payés?

d) Étant donné que le recouvrement d’une somme d’argent ne peut être ordonné par suite d’un contrôle judiciaire, les demandeurs doivent-ils attendre le résultat du contrôle judiciaire avant d’engager une action?

[...]

e) Lorsque la validité d’un règlement fédéral est adéquatement contestée dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire présentée devant la Cour fédérale, est-il prématuré de « convertir » le contrôle judiciaire en action (en vertu du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*) avant que la Cour fédérale ait rendu sa décision sur le contrôle judiciaire?

f) Lorsque la principale question de droit dans un recours collectif envisagé (engagé en vertu de la règle 299 (mod. par DORS/2006-219, art. 9) des *Règles des Cours fédérales*) concerne la validité d’un règlement fédéral, l’arrêt *Grenier* (2005 CAF 348) exige-t-il que cette question soit tout d’abord tranchée par la Cour fédérale dans le cadre d’un contrôle judiciaire fondé sur le paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*?

[...]

g) Dans le cas où la question principale dans une demande de contrôle judiciaire qui fait l’objet d’une demande de conversion en action qui, elle-même, fait l’objet d’une demande

and law in which resolution of disputed facts is critical to the determination of these common questions of fact and law, and where in the exercise of its discretion the Court concludes that it is appropriate to direct that the application for judicial review be treated and proceeded with as an action pursuant to section 18.2 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28] and subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act* and that the proceeding be converted as a class action pursuant to rule 299, does *Grenier* preclude the Court from making such order and instead require that the validity of the regulation in issue in the judicial review first be determined without conversion or certification pursuant to subsection 18(1)?

[34] The appellant has framed this appeal in terms of three errors of law by the motions Judge. They are:

- He erred in holding that section 18 of the *Federal Courts Act* and *Grenier* permit a class action to proceed in advance of, and instead of, a decision first being rendered on the validity of the impugned immigration regulation through the outcome of an application for leave and judicial review;
- He erred in defining the class to include persons who paid fees pursuant to the immigration regulations which were not challenged by way of the respondents' application for leave pursuant to subsection 72(1) of the IRPA; and
- He erred in finding that a class action was the preferable procedure to fairly and efficiently determine the legal validity of the impugned regulations.

It will be sufficient to address the appellant's alleged errors of law to adequately dispose of this appeal.

Standard of review

[35] A determination of the correct procedure to follow in order to contest the *vires* of the impugned regulations (as well as to claim a partial refund of fees paid under such regulations) is a question of law for which no deference is accorded and thus will

d'autorisation comme recours collectif soulève une question mixte de fait et de droit pour la résolution de laquelle l'établissement des faits contestés est capital, et que, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la Cour conclut qu'il est opportun d'ordonner que la demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action en vertu de l'article 18.2 et du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* et que l'action soit autorisée comme recours collectif en vertu de la règle 299, l'arrêt *Grenier* empêche-t-il la Cour de rendre une telle ordonnance et exige-t-il plutôt que l'on doive d'abord juger de la validité du règlement au coeur du contrôle judiciaire sans qu'il y ait conversion ou certification en vertu du paragraphe 18(1)?

[34] L'appelant a formulé le présent appel, faisant valoir que le juge des requêtes a commis trois erreurs de droit. Ces erreurs sont les suivantes :

- Le juge des requêtes a commis une erreur en concluant que l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* et l'arrêt *Grenier* permettent d'intenter un recours collectif avant qu'une décision ne soit rendue au sujet de la légalité des règlements contestés à l'issue d'une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire, ou en remplacement d'une telle décision;
- Le juge des requêtes a commis une erreur en définissant le groupe de manière à y inclure les personnes qui ont payé des frais sous le régime de règlements en matière d'immigration qui n'ont pas été contestés dans le cadre de la demande d'autorisation présentée par les intimés conformément au paragraphe 72(1) de la LIPR;
- Le juge des requêtes a commis une erreur en concluant que le recours collectif était le meilleur moyen de régler de façon équitable et efficace la question de la validité juridique des règlements contestés.

L'examen des allégations de l'appelant au sujet des erreurs de droit suffira pour trancher correctement le présent appel.

Norme de contrôle

[35] Déterminer la procédure à suivre pour attaquer la légalité des règlements contestés (et demander un remboursement partiel des frais payés en application de ces règlements) est une question de droit à l'égard de laquelle il n'y a pas lieu de faire preuve de déférence et

be determined on a correctness standard: *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraph 8.

[36] With respect to the certification decision itself, appellate courts should be reluctant to interfere given the discretionary nature of assessing the preferability of a class proceeding generally: Ward Branch, *Class Actions in Canada*, looseleaf, Aurora: Canada Law Book, 1996, at paragraph 4.1850. As stated by the British Columbia Court of Appeal in *Griffith v. Winter* (2003), 15 B.C.L.R. (4th) 390 (C.A.), at paragraph 22:

Absent an error of law or principle the decision of a certification judge is discretionary. Under the *Class Proceedings Act* the certification judge is the case management judge who is seized with all aspects of management of a class proceedings at least up to trial. The familiarity with the case thereby acquired is a reason to give greater deference to decisions of the case management judge on certification and procedural issues generally.

Analysis

In the Federal Court, can a class action proceed in advance of a decision first being rendered on the validity of an impugned immigration regulation?

Summary

[37] Section 18 of the *Federal Courts Act* grants exclusive jurisdiction to the Federal Court to hear and determine challenges of decisions of federal boards by way of *certiorari*, *mandamus*, declarations, etc. using the judicial review procedure. The decision of this Court in *Grenier* underscored the importance of this exclusive jurisdiction and holds that it cannot be circumvented by launching a collateral attack by way of an action.

[38] However, *Grenier* does not hold that there must first be a successful application for judicial review

qui sera donc tranchée selon la norme de la décision correcte : *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, au paragraphe 8.

[36] En ce qui concerne la décision d'autorisation en soi, les tribunaux d'appel devraient hésiter à intervenir étant donné la nature discrétionnaire du processus visant à déterminer si le recours collectif est le meilleur moyen de régler une affaire : Ward Branch, *Class Actions in Canada*, feuilles mobiles, Aurora : Canada Law Book, 1996, au paragraphe 4.1850. Comme l'a dit la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Griffith v. Winter* (2003), 15 B.C.L.R. (4th) 390 (C.A.), au paragraphe 22 :

[TRADUCTION] À moins d'une erreur de droit ou de principe, la décision rendue par un juge appelé à se prononcer sur l'autorisation est discrétionnaire. En vertu de la *Loi sur les recours collectifs (Class Proceedings Act)* le juge appelé à se prononcer sur l'autorisation est le juge chargé de la gestion de l'instance qui est responsable de tous les aspects de la gestion du recours collectif, du moins jusqu'à la tenue du procès. La connaissance qu'il acquiert ainsi de l'affaire explique pourquoi il faut accorder une plus grande déférence à ses décisions en matière d'autorisation et de questions procédurales en général.

Analyse

En Cour fédérale, un recours collectif peut-il être entendu avant qu'une décision ne soit d'abord rendue sur la validité d'un règlement contesté en matière d'immigration?

Sommaire

[37] Selon l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*, la Cour fédérale a compétence exclusive pour statuer sur les contestations des décisions des offices fédéraux par voie de bref de *certiorari* ou de *mandamus*, de jugements déclaratoires, etc., lors d'un contrôle judiciaire. Dans *Grenier*, la Cour a souligné l'importance de cette compétence exclusive et a établi qu'elle ne pouvait être contournée par une contestation indirecte intentée sous forme d'action.

[38] Or, la Cour ne conclut pas dans *Grenier* que le règlement d'immigration contesté doit d'abord avoir été

invalidating an impugned immigration regulation before proceeding with a class action. There is also nothing stated in *Grenier* to suggest that where an application for judicial review is treated as an action, a claim for damages cannot be added to that action.

[39] This Court's decision in *Tihomirovs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 2 F.C.R. 531 (F.C.A.) (*Tihomirovs*) confirmed that an application for judicial review could be the basis for a class action prior to a complete disposition of the application for judicial review, provided that subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act* were employed to treat the application as an action and that the proposed class action satisfies the criteria set out in what was then rule 299.18.

A Review of *Grenier*: What it Does and Does Not Stand For

[40] The case of *Grenier* concerned an action brought by an inmate seeking damages for administrative and disciplinary segregations he faced while serving time in a maximum security penitentiary. The inmate had not sought a judicial review of the institutional head's decision, even though he knew or ought to have known of the effect of the decision upon him personally and knew or ought to have known that judicial review was available to him if he wished to challenge the decision. Following this Court's decision in *Canada v. Tremblay*, [2004] 4 F.C.R. 165 (F.C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused [2004] 3 S.C.R. xiii, Justice Létourneau concluded that a litigant who seeks to impugn a federal agency's decision is not free to choose between a judicial review proceeding and an action in damages but must rather proceed by judicial review in order to have the decision invalidated. According to *Grenier*, to assert such a claim as an action as opposed to an application for judicial review would constitute a collateral attack on the original decision in light of section 18 of the *Federal Courts Act*.

invalidé à l'issue d'un contrôle judiciaire avant qu'il soit possible d'intenter un recours collectif. De plus, rien dans l'arrêt *Grenier* ne permet d'affirmer que, lorsqu'une demande de contrôle judiciaire est instruite comme s'il s'agissait d'une action, il n'est pas possible d'y joindre une demande de dommages-intérêts.

[39] La décision de la Cour dans *Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 2 R.C.F. 531 (C.A.F.) (*Tihomirovs*) a confirmé qu'une demande de contrôle judiciaire pouvait servir de fondement à un recours collectif avant que la décision définitive n'ait été prononcée sur la demande de contrôle judiciaire, à condition que le paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* soit appliqué de sorte que la demande puisse être instruite comme s'il s'agissait d'une action et que le recours collectif envisagé réponde aux critères énoncés à la règle 299.18, alors en vigueur.

L'arrêt *Grenier* : quelle interprétation lui donner?

[40] Dans l'arrêt *Grenier*, un détenu avait intenté une action en dommages-intérêts après avoir été condamné à l'isolement préventif, puis à l'isolement disciplinaire, pendant qu'il était incarcéré dans un établissement à sécurité maximale. Le détenu n'avait pas demandé le contrôle judiciaire de la décision du directeur, même s'il connaissait, ou aurait dû connaître, les conséquences qu'une telle décision aurait sur lui, et même s'il savait, ou aurait dû savoir, qu'il pouvait demander le contrôle judiciaire de la décision s'il souhaitait la contester. À la suite du jugement rendu par la Cour dans *Canada c. Tremblay*, [2004] 4 R.C.F. 165 (C.A.F.); autorisation d'appel devant la C.S.C. refusée [2004] 3 R.C.S. xiii, le juge Létourneau a conclu que le justiciable qui veut s'attaquer à la décision d'un organisme fédéral n'a pas le libre choix d'opter entre une procédure de contrôle judiciaire et une action en dommages-intérêts : il doit procéder par contrôle judiciaire pour faire invalider la décision. Selon l'arrêt *Grenier*, faire valoir une telle demande par voie d'action plutôt que par contrôle judiciaire constituerait une contestation indirecte de la décision initiale, à la lumière de l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[41] Justice Létourneau explained the rationales and importance of the exclusive jurisdiction outlined in section 18 of the *Federal Courts Act*, at paragraphs 24-26:

In creating the Federal Court and in enacting section 18, Parliament sought to put an end to the existing division in the review of the lawfulness of the decisions made by federal agencies. At the time, this review was performed by the courts of the provinces: see Patrice Garant, *Droit administratif*, 4th ed., vol. 2, Yvon Blais, 1996, at pages 11-15. Harmonization of disparities in judicial decisions had to be achieved at the level of the Supreme Court of Canada. In the interests of justice, equity and efficiency, subject to the exceptions in section 28 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8; 2002, c. 8, s. 35], Parliament assigned the exercise of reviewing the lawfulness of the decisions of federal agencies to a single court, the Federal Court. This review must be exercised under section 18, and only by filing an application for judicial review. The Federal Court of Appeal is the Court assigned to ensure harmonization in the case of conflicting decisions, thereby relieving the Supreme Court of Canada of a substantial volume of work, while reserving it the option to intervene in those cases that it considers of national interest.

To accept that the lawfulness of the decisions of federal agencies can be reviewed through an action in damages is to allow a remedy under section 17. Allowing, for that purpose, a remedy under section 17 would, in the first place, disregard or deny the intention clearly expressed by Parliament in subsection 18(3) that the remedy must be exercised only by way of an application for judicial review. The English version of subsection 18(3) emphasizes on the latter point by the use of the word “only” in the expression “may be obtained only on an application for judicial review”.

It would also judicially reintroduce the division of jurisdictions between the Federal Court and the provincial courts. It would revive in fact an old problem that Parliament remedied through the enactment of section 18 and the granting of exclusive jurisdiction to the Federal Court and, in the section 28 cases, the Federal Court of Appeal. It is precisely this legislative intention that the Quebec Court of Appeal recognized in the *Capobianco* case, in order to preclude the action in damages filed in the Superior Court of Quebec attacking the lawfulness of the decisions of federal boards, commissions or other tribunals from leading, in fact and in law, to a dysfunctional dismemberment of federal administrative law.

The respondents emphasize—and I agree—that one of the primary concerns of this Court in *Grenier* was also that an action should not be used as a way to circumvent

[41] Le juge Létourneau a expliqué le fondement et l'importance de la compétence exclusive énoncée à l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*, aux paragraphes 24 à 26 :

En créant la Cour fédérale et en édictant l'article 18, le législateur fédéral a voulu mettre un terme au morcellement existant du contrôle de la légalité des décisions des organismes fédéraux. À l'époque, ce contrôle était effectué par les tribunaux des provinces : voir Patrice Garant, *Droit administratif*, 4^e éd., vol. 2, Yvon Blais, 1996, aux pages 11 à 15. L'harmonisation des disparités dans les décisions judiciaires devait se faire au niveau de la Cour suprême du Canada. Par souci de justice, d'équité et d'efficacité, sous réserve des exceptions de l'article 28 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8; 2002, ch. 8, art. 35], le Parlement a confié à une seule Cour, la Cour fédérale, l'exercice du contrôle de la légalité des décisions des organismes fédéraux. Ce contrôle doit s'exercer et s'exerce, aux termes de l'article 18, seulement par la présentation d'une demande de contrôle judiciaire. La Cour d'appel fédérale est le tribunal investi du mandat d'assurer l'harmonisation en cas de décisions conflictuelles, dégageant ainsi la Cour suprême du Canada d'un volume considérable de travail, tout en lui réservant la possibilité d'intervenir dans les cas qu'elle juge d'intérêt national.

Or, accepter que le contrôle de la légalité des décisions des organismes fédéraux puisse se faire par le biais d'une action en dommages-intérêts, c'est permettre un recours en vertu de l'article 17. Permettre à cette fin un recours sous l'article 17, c'est tout d'abord soit ignorer, soit dénier l'intention clairement exprimée par le législateur au paragraphe 18(3) que le recours doit s'exercer seulement par voie de demande de contrôle judiciaire. La version anglaise du paragraphe 18(3) met l'emphase sur ce dernier point en utilisant le mot « *only* » dans l'expression « *may be obtained only on an application for judicial review* » .

C'est aussi réintroduire judiciairement le partage des compétences entre la Cour fédérale et les tribunaux des provinces. C'est faire renaître dans les faits une ancienne problématique à laquelle le législateur fédéral a remédié par l'adoption de l'article 18 et l'attribution d'une compétence exclusive à la Cour fédérale et, dans les cas de l'article 28, à la Cour d'appel fédérale. C'est précisément cette intention législative que la Cour d'appel du Québec a reconnue dans l'affaire *Capobianco*, afin d'éviter que l'action en dommages, introduite en Cour supérieure du Québec et s'attaquant à la légalité des décisions d'offices fédéraux, ne conduise, en fait et en droit, à un démembrement dysfonctionnel du droit administratif fédéral.

Les intimés insistent sur le fait — et je suis d'accord — qu'une des principales préoccupations de la Cour dans *Grenier* était également qu'une action ne devait pas être

the procedural requirements and limitation periods outlined in section 18 of the *Federal Courts Act*. Such concerns are of no relevance in this proceeding as the respondents—after the Federal Court’s decision of *Momi*—correctly commenced this proceeding by way of an application for judicial review.

[42] *Grenier* simply stands for the proposition that certain civil actions against the Crown must be preceded by an application for judicial review where the basis for the claim is a challenge to the lawfulness, *vires* or legality of the federal board or tribunal’s decision.

The effect of subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act*

[43] *Grenier* says nothing about the impact of subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act*, which provides that a Federal Court judge may, if it is appropriate, direct that an application for judicial review be treated and proceeded with as if it were an action. Indeed, there was no need to do so as no judicial review had been commenced, and, as such, no request for “conversion” had been made, either.

[44] Subsection 18.4(2) is a legislative response to the concerns expressed in some of the cases arising prior to February 1, 1992, that an application for judicial review did not provide appropriate procedural safeguards where declaratory relief was sought: *Haig v. Canada*, [1992] 3 F.C. 611 (C.A.), *affd* on other grounds [1993] 2 S.C.R. 995 (*Haig*). For instance, an application may be treated as if it were an action because facts necessary to render a decision on the application cannot be established through affidavit evidence alone: *Macinnis v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 464 (C.A.), at page 470. The provision places no limits on the considerations which may properly be taken into account in deciding whether or not to allow a judicial review application to be “converted” into an action (*Drapeau v. Canada (Minister of National Defence)* (1995), 179 N.R. 398 (F.C.A.)).

utilisée de façon à contourner les exigences procédurales et les délais de prescription prévus à l’article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Ces préoccupations ne sont pas pertinentes en l’espèce puisque les intimés — après la décision de la Cour fédérale dans *Momi* — ont correctement intenté la présente procédure en présentant une demande de contrôle judiciaire.

[42] L’arrêt *Grenier* permet uniquement d’affirmer que certaines actions civiles contre la Couronne doivent être précédées d’une demande de contrôle judiciaire lorsqu’elles visent essentiellement à contester la légitimité, la validité ou la légalité de la décision d’un office fédéral.

L’effet du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*

[43] L’arrêt *Grenier* ne dit rien au sujet de l’incidence du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, qui prévoit qu’un juge de la Cour fédérale peut, s’il l’estime indiqué, ordonner qu’une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s’il s’agissait d’une action. De fait, il n’était pas nécessaire de le faire puisqu’aucune demande de contrôle judiciaire n’avait été présentée et que, par conséquent, aucune demande de « conversion » n’avait non plus été faite.

[44] Le paragraphe 18.4(2) est une réponse du législateur aux préoccupations exprimées dans certaines des affaires survenues avant le 1^{er} février 1992 et selon lesquelles la demande de contrôle judiciaire n’offrait pas les garanties procédurales appropriées lorsqu’on cherchait à obtenir un jugement déclaratoire : *Haig c. Canada*, [1992] 3 C.F. 611 (C.A.); confirmé par d’autres motifs [1993] 2 R.C.S. 995 (*Haig*). Par exemple, une demande peut être instruite comme s’il s’agissait d’une action parce que les faits permettant de rendre une décision sur la demande ne peuvent être établis uniquement au moyen d’une preuve par affidavit; voir *Macinnis c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 464 (C.A.), à la page 470. La disposition n’impose aucune limite quant aux facteurs qui peuvent à juste titre être pris en considération lorsqu’il s’agit de savoir s’il convient ou non de permettre qu’une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s’il s’agissait

[45] It is trite to say that damages cannot be awarded on an application for judicial review: *Al-Mhamad v. Canada (Radio-Television and Telecommunications Commission)*, 2003 FCA 45. However, there is very little jurisprudence that considers whether, once an application for judicial review is treated as an action, a claim for monetary remedies can be advanced in that action. In my opinion, it can.

[46] The authorities are not yet in agreement on this issue. In *Radil Bros. Fishing Co. v. Canada (Department of Fisheries and Oceans)* (1998), 158 F.T.R. 313 (F.C.T.D.) (*Radil Bros.*), Justice Rouleau, at paragraph 22, suggested a more limited application to subsection 18.2(4) of the *Federal Courts Act*:

... the conversion of a judicial review application into an action does not entitle the plaintiff to subsequently file a statement of claim wherein different relief is sought than that set out in the Originating Notice of Motion. The purpose of rule 18.2(4) is to permit a judicial review application to be proceeded with as if it were an action; that is, with discoveries, and the presentation of witnesses and their viva voce evidence. It does not create a new cause of action nor does it permit a party to seek new or additional relief than that originally sought.

[47] On the other hand, and more recently, Justice Hugessen took a more liberal approach to the provision in *Shubenacadie Indian Band v. Canada (Attorney General)* (2001), 202 F.T.R. 30 (F.C.T.D.); aff'd [*sub nom. Canada (Minister of Fisheries and Oceans) v. Shubenacadie Indian Band*] 2002 FCA 255 (*Shubenacadie*), stating, at paragraph 4:

The Crown asserts that section 18.4 of the *Federal Court Act* does not allow an applicant who has become a plaintiff to add new claims or new parties to an action which has been converted from a judicial review application. I do not agree. There is nothing in the statutory text of section 18.4 [footnote omitted], nor in principle, that would prevent the plaintiffs from doing what they have done. The rules of the Court are extremely generous in respect of both amendments and joinder of parties and causes of action and as a matter of principle, it

d'une action (*Drapeau c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*), [1995] A.C.F. n° 536 (C.A.) (QL)).

[45] Il va sans dire que des dommages-intérêts ne sauraient être octroyés dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire : voir *Al-Mhamad c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications)*, 2003 CAF 45. Or, il existe très peu de jurisprudence sur la question de savoir s'il est possible, lorsqu'une demande de contrôle judiciaire est instruite comme s'il s'agissait d'une action, de présenter une demande de réparation d'ordre financier. À mon avis, c'est possible.

[46] Pour l'instant, les autorités ne s'entendent pas sur cette question. Dans *Radil Bros. Fishing Co. c. Canada (Ministère des Pêches et des Océans)*, [1998] A.C.F. n° 1744 (1^{re} inst.) (QL) (*Radil Bros.*), le juge Rouleau a suggéré une application plus restreinte du paragraphe 18.2(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*, au paragraphe 22 :

[...] la conversion d'une demande de contrôle judiciaire en action n'autorise pas la demanderesse à déposer par la suite une déclaration dans laquelle la réparation demandée est différente de celle contenue dans l'avis de requête introductive d'instance. Le paragraphe 18.2(4) a pour objet de permettre l'instruction d'une demande de contrôle judiciaire comme s'il s'agissait d'une action, c'est-à-dire avec des interrogatoires préalables, l'assignation de témoins et l'audition de leurs témoignages. Il ne crée pas une nouvelle cause d'action et ne permet pas à une partie de demander une nouvelle réparation ou une réparation qui s'ajoute à celle qui était initialement demandée.

[47] Par ailleurs, dans *Bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Procureur général)*, 2001 CFPI 181; confirmé par [*sub nom. Canada (Ministre des Pêches et des Océans) c. Bande indienne de Shubenacadie*] 2002 CAF 255 (*Shubenacadie*), le juge Hugessen a récemment donné une interprétation plus libérale de la disposition, déclarant ce qui suit, au paragraphe 4 :

La Couronne affirme que l'article 18.4 de la *Loi sur la Cour fédérale* ne permet pas à la partie qui est devenue demanderesse dans une action d'ajouter de nouvelles causes d'action ou de désigner de nouvelles parties à une action qui a initialement fait l'objet d'une demande de contrôle judiciaire. Je ne suis pas d'accord. Il n'y a rien dans le texte de l'article 18.4 ou en principe qui empêche les demandeurs de faire ce qu'ils ont fait. Les règles de la Cour sont fort libérales en ce qui concerne les modifications, la jonction des parties et la réunion de causes

would seem to me that there is nothing that can be said against the joinder in a case such as this. Indeed, as I mentioned during an earlier hearing, if the plaintiffs were to institute a separate action claiming damages, it is entirely probable that the Court would, at some stage, order either the consolidation or the joinder of the two proceedings. If, at a later date the joinder turns out to be cumbersome or otherwise inappropriate, the Court retains a discretionary power under Rule 107 to order separate trials. That aspect of the Crown's motion is accordingly without foundation.

[48] In *Noade v. Blood Tribe* (2002), 226 F.T.R. 87 (F.C.T.D.), Prothonotary Hargrave explored the conflicting jurisprudence with respect to the ability to add new claims following the “conversion” of an application to an action, and stated, at paragraph 12, that he preferred the approach of Mr. Justice Hugessen. So do I.

[49] I am not convinced that subsection 18.4(2) should be read narrowly so as to only apply to the procedural aspects of an action, such as discoveries, the admission of *viva voce* evidence, and the like. It is well recognized that the right to treat an application as if it were an action is to compensate for certain procedural inadequacies with the process underlying applications. In my mind, however, I think it may sometimes also be appropriate to consider the remedial inadequacies of an application for judicial review, as well. One problem with applications for judicial review is that a remedy for damages cannot be sought. In most applications for judicial review, this is not a major concern as the desired remedy will usually lie in the form of *mandamus*, *certiorari*, or a declaration. Where it is of concern, however, is when a totally separate action afterwards may be necessary in either Federal Court or a provincial court to advance a claim for damages: this is a potentially undesirable situation.

[50] Sometimes, such as the case at bar, it may prove too cumbersome to initiate a separate action for damages either concurrently with, or subsequent to, an application for judicial review. Instead of attempting a joinder, which is sometimes inevitable, employing subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act* to allow a claim

d'action et, en principe, il me semble que l'on ne saurait s'y opposer dans un cas comme celui-ci. De fait, comme je l'ai mentionné lors d'une audience antérieure, si les demandeurs intentaient une action en dommages-intérêts distincte, la Cour ordonnerait fort probablement, à un stade quelconque, la réunion des deux instances. Si, à une date ultérieure, la réunion s'avère peu commode ou par ailleurs non appropriée, la Cour conserve, en vertu de la règle 107, le pouvoir discrétionnaire d'ordonner que des instructions distinctes soient tenues. La requête de Sa Majesté est donc à cet égard dénuée de fondement.

[48] Dans *Noade c. Tribu des Blood*, 2002 CFPI 2011, le protonotaire Hargrave a examiné la jurisprudence contradictoire au sujet de la possibilité d'ajouter de nouvelles causes d'action à la suite de la « conversion » d'une demande en action, et a affirmé, au paragraphe 12, qu'il préférerait l'approche du juge Hugessen. Je partage son opinion.

[49] Je ne suis pas convaincu que le paragraphe 18.4(2) doive être interprété étroitement, de manière à ce qu'il ne s'applique qu'aux aspects procéduraux d'une action, tels que la communication de la preuve, l'admission de témoignages de vive voix, etc. Il est bien établi que le droit d'instruire une demande comme s'il s'agissait d'une action sert à compenser certaines lacunes procédurales du processus qui sous-tend les demandes. Cependant, j'estime qu'il est parfois nécessaire de considérer les lacunes des demandes de contrôle judiciaire en matière de réparation. Les demandes de contrôle judiciaire posent problème, notamment parce qu'il n'est pas possible de réclamer des dommages-intérêts. Dans la majorité des cas, il ne s'agit pas d'un problème majeur, car la réparation souhaitée prendra normalement la forme d'un bref de *mandamus* ou de *certiorari*, ou d'un jugement déclaratoire. Là où le bât blesse, cependant, c'est lorsqu'il est nécessaire après coup d'intenter une action complètement distincte à la Cour fédérale ou auprès d'une cour provinciale pour réclamer des dommages-intérêts : il s'agit d'une situation potentiellement indésirable.

[50] Parfois, comme en l'espèce, il peut s'avérer trop lourd d'intenter une action distincte en dommages-intérêts, concurremment ou subséquemment à une demande de contrôle judiciaire. Plutôt que d'essayer de réunir les causes d'action, ce qui est parfois inévitable, il devrait également être possible, en

for damages in a “converted” action should also be available. In cases such as this one, it may even economize on scarce judicial resources.

Subsection 18.4(2) and class proceedings—Justice Rothstein’s instructions in *Tihomirovs*

[51] The appellant argues that allowing subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act* to “convert” an application into an action prior to the judicial review running its course constitutes a procedural charade that renders section 18 of the *Federal Courts Act* meaningless. I do not agree.

[52] The existing jurisprudence as set by this Court in *Tihomirovs* acts as a sufficient gatekeeper to ensure that parties like the respondents are not simply “going through the motions”. *Tihomirovs* establishes that the criteria to seek certification of a class action is a relevant consideration on a motion, pursuant to subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act*, to “convert” an application for judicial review into an action. Rothstein J.A. (as he then was) added, at paragraph 14:

The second certified question asks what the test is on a motion for conversion where the purpose is to certify an action as a class action. Mr. Tihomirovs says the mere expressed intention to initiate a class action satisfies the test. I am unable to agree. Because judicial review is to provide for the speedy and summary resolution of public law matters, it will always be necessary for the court to weigh the advantages of a class action proceeding against the efficiency of a judicial review proceeding. [Emphasis added.]

Conversion and certification applications should be heard together, unless the simultaneous consideration of conversion and certification can be demonstrated to be prejudicial: at paragraph 18.

application du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, de permettre qu’une action en dommages-intérêts soit combinée à une demande instruite comme s’il s’agissait d’une action. Dans les cas comme celui de la présente espèce, cela permettrait même d’économiser les ressources judiciaires limitées.

Le paragraphe 18.4(2) et les recours collectifs — les directives du juge Rothstein dans *Tihomirovs*

[51] L’appelant fait valoir que le fait de permettre, en application du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, la « conversion » d’une demande en action avant que le processus de contrôle judiciaire soit terminé représente un casse-tête procédural qui fait perdre tout son sens à l’article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Je ne suis pas d’accord.

[52] Le précédent établi par la Cour dans *Tihomirovs* constitue un moyen efficace de s’assurer que les parties, comme les intimés, ne passent pas simplement [TRADUCTION] « outre aux requêtes ». Dans l’arrêt *Tihomirovs*, la Cour a établi que les conditions pour obtenir l’autorisation d’intenter un recours collectif est un facteur pertinent à prendre en compte dans le cadre d’une requête déposée en vertu du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* en vue de « convertir » une demande de contrôle judiciaire en action. Le juge Rothstein (alors juge à la Cour d’appel fédérale) a ajouté, au paragraphe 14 :

Selon la deuxième question certifiée, quel est le critère applicable à une demande de conversion lorsque l’objectif visé est l’autorisation d’une action comme recours collectif? M. Tihomirovs déclare que la simple expression de l’intention d’intenter un recours collectif suffit pour satisfaire au critère. J’en disconviens. Étant donné que le contrôle judiciaire vise le règlement expéditif et sommaire des questions de droit public, les tribunaux seront toujours obligés d’évaluer les avantages de la procédure par voie de recours collectif par rapport à l’efficacité de la procédure par voie de contrôle judiciaire. [Non souligné dans l’original.]

Les demandes de conversion et d’autorisation devraient être entendues simultanément, à moins que l’on puisse prouver que l’examen simultané des deux demandes serait préjudiciable (au paragraphe 18).

[53] The motions Judge explicitly followed the approach suggested by this Court in *Tihomirovs*. As such, contrary to the argument of the appellant, I find no problem in principle with conversion prior to a final disposition of the application for judicial review.

[54] I conclude on this issue with one caveat. It would be an error to permit a claim for monetary relief to be decided prior to determining the underlying basis for liability—namely, the validity of the governmental decision, or in this case, the regulation. Indeed, this is the logical way in which other actions proceed. In patent infringement cases, the questions of the validity of the patent and infringement of the patent are considered before one explores the question of damages. Similarly, in tort-law cases, liability is established before damages are addressed. In a case such as this one, although all the evidence on both issues may be heard together, *vires* ought to be decided first before the question of whether the class members are entitled to a partial refund is addressed.

In a class proceeding arising under the IRPA, must the application for leave encompass all members of the class?

[55] The motions Judge certified a class for all fees listed and collected pursuant to the impugned regulations even though the original leave was granted to Alan Hinton only as a representative of those paying the \$75 sponsorship fee pursuant to one regulation. In my opinion, the motions Judge erred in doing so.

[56] Subsection 72(1) of the IRPA makes it clear that leave must be obtained for any matter:

72. (1) Judicial review by the Federal Court with respect to any matter — a decision, determination or order made, a measure taken or a question raised — under this Act is commenced by making an application for leave to the Court. [Emphasis added.]

[53] Le juge des requêtes a explicitement adopté l'approche proposée par la Cour dans *Tihomirovs*. Ainsi, contrairement à l'argument de l'appelant, j'estime qu'en principe, il n'y a aucun problème à procéder à la conversion avant qu'une décision définitive ait été rendue sur la demande de contrôle judiciaire.

[54] Je conclus l'analyse de cette question par une réserve. Ce serait une erreur de permettre qu'une demande de réparation d'ordre financier soit tranchée avant d'avoir déterminé le fondement sous-jacent de la responsabilité — c'est-à-dire, la validité de la décision gouvernementale, ou en l'espèce, du règlement. En effet, c'est cette logique qui régit le déroulement des autres actions. Dans les affaires de contrefaçon de brevets, les questions relatives à la validité et à la contrefaçon du brevet sont examinées avant celle des dommages-intérêts. De la même façon, dans les cas de responsabilité délictuelle, la responsabilité est établie avant que la question des dommages-intérêts soit abordée. Dans les cas comme celui de la présente espèce, bien que tous les éléments de preuve portant sur les deux questions puissent être entendus simultanément, il faut d'abord trancher la question de la légalité avant de répondre à la question de savoir si les membres du groupe ont droit à un remboursement partiel.

Dans un recours collectif intenté sous le régime de la LIPR, la demande d'autorisation doit-elle viser tous les membres du groupe?

[55] Le juge des requêtes a autorisé un recours collectif à l'égard de tous les frais perçus en application des règlements contestés, même si l'autorisation initiale n'a été accordée qu'à Alan Hinton, en tant que représentant des personnes ayant versé les frais de parrainage de 75 \$ exigés en vertu d'un seul règlement. Ce faisant, le juge des requêtes a, selon moi, commis une erreur.

[56] Le paragraphe 72(1) de la LIPR établit clairement qu'une autorisation doit être obtenue à l'égard de toute mesure :

72. (1) Le contrôle judiciaire par la Cour fédérale de toute mesure — décision, ordonnance, question ou affaire — prise dans le cadre de la présente loi est subordonné au dépôt d'une demande d'autorisation. [Non souligné dans l'original.]

[57] In my opinion, the motions Judge erred in defining the class to include persons who paid fees pursuant to the impugned regulations which had not been properly challenged by way of application for leave pursuant to subsection 72(1) of the IRPA. The leave application was restricted to the respondents, but it was permissible to “convert” it into a class action to include people who were affected by the same regulation, since the application for leave requested an order for declaratory relief that the regulation was *ultra vires* due to its contravention of the *Financial Administration Act*. However, given the mandatory language of subsection 72(1) of the IRPA, the leave application cannot be construed to include attacks on the other impugned regulations made by the remainder of the class as certified by the motions Judge.

[58] In the present case, without dictating to the motions Judge (as case management Judge), or the respondents, how to rectify the situation, in my view it would suffice for the respondents to simultaneously apply for leave pursuant to section 72 of the IRPA with respect to the remaining class members and move that those remaining members be allowed to join the class as modified by these reasons.

Was a class action the preferable procedure to fairly and efficiently determine the legal validity of the impugned regulations?

[59] In *Caputo v. Imperial Tobacco Ltd.* (2005), 74 O.R. (3d) 728 (S.C.J.), at paragraph 29, Winkler J., as he then was, described the consideration of whether a class proceeding is the preferable procedure for determining the common issues as “a matter of broad discretion.” I am not convinced that the motions Judge erred in law, principle, or made a palpable and overriding error in fact in deciding that a class action was a preferable proceeding to an application for judicial review.

[60] At best, the appellant’s argument on this issue discloses that there were some factors that might militate

[57] J’estime que le juge des requêtes a commis une erreur en décidant que le groupe devait inclure les personnes qui ont payé des frais prévus par les règlements contestés, qui n’avaient pas été dûment attaqués par une demande d’autorisation présentée en application du paragraphe 72(1) de la LIPR. La demande d’autorisation a été limitée aux intimés, mais il était possible de la « convertir » en recours collectif afin d’englober les personnes touchées par le même règlement, puisque la demande d’autorisation sollicitait un jugement déclaratoire portant que le règlement était invalide parce qu’il contrevenait à la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Cependant, compte tenu du caractère impératif du paragraphe 72(1) de la LIPR, la demande d’autorisation ne peut être interprétée de façon à inclure les contestations visant les autres règlements contestés faites par les autres membres du groupe défini par le juge des requêtes.

[58] En l’espèce, sans vouloir imposer au juge des requêtes (en tant que juge chargé de la gestion de l’instance), ou aux intimés, la façon de corriger la situation, j’estime qu’il suffirait que les intimés présentent simultanément une demande d’autorisation fondée sur l’article 72 de la LIPR qui viserait les autres membres du groupe, et qu’ils demandent à ce que ces membres puissent faire partie du groupe, tel que modifié par les présents motifs.

Le recours collectif était-il le meilleur moyen de régler de façon équitable et efficace la question de la validité juridique des règlements contestés?

[59] Dans *Caputo v. Imperial Tobacco Ltd.* (2005), 74 O.R. (3d) 728 (C.S.J.), au paragraphe 29, le juge Winkler, alors juge de la Cour supérieure, a décrit l’examen visant à déterminer si un recours collectif est le meilleur moyen de trancher les questions communes comme étant [TRADUCTION] « de nature largement discrétionnaire ». Je ne suis pas convaincu que le juge des requêtes a commis une erreur de droit, une erreur de principe ou une erreur de fait manifeste et dominante en décidant qu’un recours collectif était un meilleur moyen qu’une demande de contrôle judiciaire.

[60] Dans le meilleur des cas, l’argument de l’appelant sur cette question indique que certains facteurs

against deciding that a class action is the preferable procedure. The motions Judge, for his part, found a number of factors indicating that a class action was the preferable procedure, including: (1) the greater simplicity of the restitutionary award in the event of a successful claim; (2) the appellant's refusal to set a test case; and (3) the notion that findings of fact would be more easily determined by way of discoveries and *viva voce* evidence available only in an action. The respondents also pointed out that it would be helpful if the entire class action were managed by a single case management Judge, and that a class proceeding places the class members and the appellant on a more equal footing.

[61] The appellant draws this Court's attention to the *obiter* comments of Justice Gonthier in *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347, at paragraph 20: "it is not necessary to pursue a class action to obtain a declaration of constitutional invalidity and therefore... it is generally undesirable to do so." However, courts have sometimes rejected this comment in deciding whether a class action is a preferable procedure in public law cases: see *Nanaimo Immigrant Settlement Society v. British Columbia* (2001), 149 B.C.A.C. 26 (C.A.), at paragraphs 19-21, as an example.

[62] For these reasons I conclude that the motions Judge did not err in exercising his discretion to decide that a class action was the preferable procedure. I am not satisfied that there exists a superior, alternative approach for the class members to obtain a partial refund. As implied by the motions Judge, at paragraph 39 of his decision, individual applications for judicial review would not be practicable:

The Minister has not agreed to a test case, or to a blanket extension of suit time. Unless protected now, as time goes by, members of the proposed class who do not currently face a six-year time bar will in the future. Furthermore, without a class action, the Court could theoretically be faced with

pourraient militer contre la décision suivant laquelle le recours collectif était le meilleur moyen. Le juge des requêtes a quant à lui estimé qu'un certain nombre de facteurs permettaient de conclure que le recours collectif était le meilleur moyen, par exemple : 1) le caractère plus simple de l'ordonnance de réparation dans l'éventualité où la demande serait accueillie; 2) le refus de l'appelant de procéder au moyen d'une cause type; 3) la notion voulant qu'une conclusion de fait soit plus facilement déterminée par des interrogatoires préalables et des témoignages de vive voix, possibles seulement dans le cadre d'une action. Les intimés ont également fait remarquer qu'il serait utile que le recours collectif dans son ensemble soit confié à un seul juge chargé de la gestion de l'instance, ajoutant que le recours collectif a pour effet de placer les membres du groupe et l'appelant sur un pied d'égalité.

[61] L'appelant a attiré l'attention de la Cour sur les commentaires incidents formulés par le juge Gonthier dans l'arrêt *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347, au paragraphe 20 : « il n'est pas nécessaire d'exercer un recours collectif pour obtenir une déclaration d'inconstitutionnalité et [...] il est donc en général peu souhaitable de suivre cette voie. » Cependant, les tribunaux ont parfois rejeté ces commentaires lorsqu'il leur fallait décider si le recours collectif est le meilleur moyen de procéder dans les affaires de droit public : voir, par exemple *Nanaimo Immigrant Settlement Society v. British Columbia* (2001), 149 B.C.A.C. 26 (C.A.), aux paragraphes 19 à 21.

[62] Pour ces motifs, je conclus que le juge des requêtes n'a pas commis d'erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire lui permettant de décider que le recours collectif était le meilleur moyen de régler l'affaire. Je ne suis pas convaincu qu'il existe un meilleur moyen d'obtenir un remboursement partiel pour les membres du groupe. Comme l'a laissé entendre le juge des requêtes, au paragraphe 39 de sa décision, les demandes individuelles de contrôle judiciaire ne sont pas possibles en pratique :

Le ministre n'a pas accepté de procéder au moyen d'une cause type ou d'une prorogation indéterminée du délai pour instruire l'affaire. Avec le temps qui passe, les membres du groupe envisagé qui ne sont pas protégés actuellement seront aux prises avec la prescription de six ans. De plus, sans le

millions of applications for extension of time and applications for leave. Not very many will bother.

recours collectif, la Cour pourrait théoriquement devoir faire face à des millions de demandes de prorogation de délai et de demandes d'autorisation. Peu de membres du groupe envisagé s'en donneraient la peine.

Conclusion

[63] For the reasons above, I would allow the appeal in part to the extent that the class as presently certified must be modified so as to be confined to the individuals covered by the leave application. However, this holding is without prejudice to the right of Mr. Hinton or another person to apply for leave, pursuant to section 72 of the IRPA, on behalf of persons affected by the other impugned regulations and to be added into this class already certified.

Conclusion

[63] Pour les motifs susmentionnés, j'accueillerais l'appel en partie dans la mesure où le recours collectif, tel qu'il est actuellement autorisé, est modifié afin qu'il se limite aux personnes visées par la demande d'autorisation. Cependant, cette décision ne porte pas atteinte au droit de M. Hinton ou de toute autre personne de présenter, au nom des personnes touchées par les autres règlements contestés, une demande d'autorisation, conformément à l'article 72 de la LIPR, et une demande en vue de faire partie du groupe visé par le recours déjà autorisé.

[64] No costs will be awarded.

LINDEN J.A. : I agree.

NADON J.A. : I agree.

[64] Aucuns dépens ne seront adjugés.

LE JUGE LINDEN, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE NADON, J.C.A. : Je suis d'accord.

DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court of Appeal decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> and of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

*** The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.**

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

IMMIGRATION PRACTICE

Judicial review challenging Immigration Appeal Division of (IAD) Immigration and Refugee Board decision agreeing with immigration officer's decision applicant's marriage not genuine—IAD finding marriage not meeting expected essential elements of arranged traditional marriage in India—However, IAD's implausibility finding not conforming with case law establishing presumption sworn statements true, plausibility findings should be made only in clearest of cases—Even though IAD setting up standard for comparison, decision containing no cogent analysis of evidence produced to address issues expressed in standard—Application allowed.

DUA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1371-08, 2008 FC 1055, Campbell J., order dated September 18, 2008, 4 pp.)

STATUS IN CANADA

Citizens

Appeal from Citizenship Judge's approval of respondent's application under *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 8 for retention, registration as Canadian citizen—Although respondent born in Mexico in 1977, Canadian at birth because having Canadian mother—However, respondent lost status since failed to apply for retention of Canadian citizenship prior to attaining 28 years of age as required by s. 8—Applied only 10 days after losing status—Citizenship judge acted beyond jurisdiction since only remedy available was recommendation to Governor in Council to exercise discretion to direct Minister to grant citizenship under s. 5(4)—Because this proceeding not subject to appellate review pursuant to s. 14(6), more caution exercised than warranted, no formal outcome directed—Appeal allowed.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. FRIESEN (T-2064-07, 2008 FC 864, Lutfy C.J., judgment dated July 11, 2008, 5 pp.)

Persons in Need of Protection

Judicial review of rejection by Refugee Protection Division of Immigration and Refugee Board of refugee claims—Board wrongly rejecting refugee claims under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 by failing to consider totality of evidence, ignoring evidence contrary to Board's view of claimant's evidence—Board's reasons for rejecting claim of generalized risk under IRPA, s. 97(1)(b) unclear—Under IRPA, ss. 96 or 97 claim, claimant must establish personal, objectively identifiable risk—Under IRPA, s. 97(1)(b)(ii), risk must be "personal", not "generally" faced by other persons in claimant's country—Generalized risk may fall within definition of Convention refugee if applicant personally subject to serious harm having nexus to one of five grounds enumerated in *United Nations Convention Relating to Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6—Claimant must establish that broadly based harassment or abuse claimant facing sufficiently serious; that risk

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

personalized to claimant, including risk faced by others similarly situated—Protection must be denied under s. 97(1)(b)(ii) only if risk faced generally by all other persons in country, if risk indiscriminate or random—Application allowed.

SURAJNARAIN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1309-08, 2008 FC 1165, Dawson J., judgment dated October 16, 2008, 12 pp.)

INCOME TAX**PENALTIES**

Judicial review of decision by Minister of National Revenue denying relief from interest, penalties arising from reassessment of applicant's 1988-1990 tax returns under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 220(3.1)—Case involving almost \$160,000 in interest, penalties with respect to taxes found not to be owing due to application of loss carry-backs—Whether Minister erred in exercising discretion under fairness provisions in denying applicant relief from penalties, interest—Act, s. 220(3.1) giving Minister broad discretion to waive, cancel penalties, interest accrued under Act—Respondent selecting December 1996 as date for cancellation of penalties, interest based on evidence applicant requested loss carry-backs as early as 1996, delay in accepting loss carry-backs partially due to CRA's failure to communicate effectively with applicant in settling issue of loss carry-backs—Logical, reasonable same reasons would apply to interest on late filing penalties, installment interest charged after December 1996—Applicant not without fault in accumulation of debt—In view of amount of money involved, amount applicant will still pay in interest, penalties accrued prior to December 1, 1996, fair, equitable all interest accrued after that date be cancelled—Decision set aside as unreasonable—Reasonable amount owing by applicant as of December 1, 1996 \$71,195.44—Application allowed.

SLAU LTD. V. CANADA (REVENUE AGENCY) (T-2118-07, 2008 FC 1142, Kelen J., judgment dated October 8, 2008, 21 pp.)

REASSESSMENT

Appeal from Tax Court of Canada decision allowing respondent's appeal regarding 2002 taxation year, quashing reassessment dated February 24, 2006, on basis not issued within normal reassessment period as set out in *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 152(3.1)—Respondent allegedly never received original 2002 assessment dated, mailed June 5, 2003—Second assessment, dated February 24, 2006, issued—"Normal reassessment period" defined in s. 152(3.1) as ending three years after day of mailing of notice of original assessment—Reassessment valid whether original assessment mailed or not—If original assessment mailed, February 26, 2006 reassessment not out of time since issued within three-year limitation period—If original assessment never mailed, three-year period not yet running when second assessment issued—Therefore, Tax Court's decision second assessment out of time invalid—Appeal allowed.

GRAY V. CANADA (A-20-08, 2008 FCA 284, Noël J.A., judgment dated September 23, 2008, 5 pp.)

PENSIONS

Judicial review of decision by member of Pension Appeals Board granting respondent extension of time, leave to appeal Review Tribunal's decision dated November 27, 2001—Respondent submitting two applications for disability pension, which were both rejected by Minister—Whether Federal Court having jurisdiction to decide judicial review of decision by designated member of Board—Review of Federal Court of Appeal decision in *Mazzotta v. Canada (Attorney General)*, [2008] 2 F.C.R. 542—Distinction between decision by Board, decision by designated member of Board—Decisions by designated members of Board not decisions by Board, reviewable by Federal Court—Here, Court having jurisdiction to hear judicial review of Board member's decision—Designated member not applying appropriate legal test for granting extension of time—Application allowed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. LANDRY (T-163-07, 2008 FC 810, Blanchard J., judgment dated June 26, 2008, 25 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

*** Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs d'ordonnance ou de jugement originaux.**

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Contrôle judiciaire contestant la décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a souscrit à la décision de l'agent d'immigration portant que le mariage du demandeur n'était pas authentique—La SAI a conclu que le mariage ne satisfaisait pas à certains éléments essentiels auxquels on s'attend dans le cadre d'un mariage traditionnel arrangé en Inde—Cependant, la conclusion d'in vraisemblance de la SAI n'était pas conforme à la jurisprudence qui établit la présomption de véracité d'une déclaration donnée sous serment et qui indique qu'on ne peut conclure à l'in vraisemblance que dans les cas les plus évidents—Même si la SAI a fixé une norme de comparaison, la décision ne faisait état d'aucune analyse valable de la preuve présentée pour traiter des questions soulevées par la norme—Demande accueillie.

DUA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1371-08, 2008 CF 1055, juge Campbell, ordonnance en date du 18 septembre 2008, 4 p.)

STATUT AU CANADA

Citoyens

Appel de la décision par laquelle le juge de la citoyenneté a accepté la demande que le défendeur a présentée en application de l'art. 8 de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29 pour conserver sa citoyenneté canadienne ou se faire immatriculer comme citoyen canadien—Même s'il est né au Mexique en 1977, le défendeur était un Canadien à la naissance parce que sa mère était une Canadienne—Cependant, le défendeur a perdu son statut parce qu'il n'a pas demandé à conserver sa citoyenneté canadienne avant l'âge de 28 ans comme le prescrit l'art. 8—Le demandeur a soumis sa demande seulement 10 jours après avoir perdu son statut—Le juge de la citoyenneté a outrepassé sa compétence parce que le seul recours disponible était une recommandation faite au gouverneur en conseil pour qu'il exerce son pouvoir discrétionnaire d'ordonner au ministre d'attribuer la citoyenneté conformément à l'art. 5(4)—Parce que cette procédure n'est pas susceptible d'appel suivant l'art. 14(6), la Cour a fait preuve de plus de prudence que nécessaire et n'a pas ordonné d'issue officielle—Appel accueilli.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. FRIESEN (T- 2064-07, 2008 CF 864, juge en chef Lutfy, jugement en date du 11 juillet 2008, 5 p.)

Personnes à protéger

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté des demandes d'asile—La Commission a rejeté à tort les demandes d'asile en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 parce qu'elle n'a pas tenu compte de l'ensemble de la preuve, faisant abstraction d'éléments de preuve contraires à l'opinion qu'elle avait de la preuve présentée par le demandeur—Les motifs que la Commission a invoqués pour rejeter la prétention de risque généralisé en vertu de l'art. 97(1)b) de la LIPR n'étaient pas clairs—Dans le cadre d'une demande d'asile présentée suivant l'art. 96 ou l'art. 97, le demandeur doit établir l'existence d'un risque personnel et objectivement identifiable—Selon l'art. 97(1)b)(ii), il doit s'agir d'un risque « personnel » auquel ne sont pas

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

généralement exposés d'autres citoyens du pays du demandeur—Le risque généralisé peut être visé par la définition d'un réfugié au sens de la Convention si le demandeur risque personnellement de faire l'objet d'un préjudice grave lié à un des cinq motifs prévus dans la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6—Le demandeur doit établir que les manœuvres d'intimidation ou les mauvais traitements généralisés sont suffisamment graves et qu'il peut courir ce risque dans un cas particulier, et qu'il peut s'agir d'un risque que pourraient courir d'autres personnes qui se trouveraient dans une situation semblable—Le demandeur peut seulement se voir refuser la protection au titre de l'art. 97(1)b)(ii) si le risque auquel il serait exposé est un risque auquel sont généralement exposés tous les autres citoyens du pays ou s'il s'agit d'un risque aléatoire—Demande accueillie.

SURAJNARAIN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1309-08, 2008 CF 1165, juge Dawson, jugement en date du 16 octobre 2008, 12 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

NOUVELLES COTISATIONS

Appel de la décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a accueilli l'appel de l'intimé interjeté à l'égard de l'année d'imposition 2002 et a annulé la nouvelle cotisation établie en date du 24 février 2006 pour le motif que celle-ci n'avait pas été délivrée pendant la période normale de nouvelle cotisation prévue à l'art. 152(3.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1—L'intimé n'aurait jamais reçu la première cotisation pour 2002 en date du 5 juin 2003 et mise à la poste à cette date—Un deuxième avis de cotisation en date du 24 février 2006 a été délivré—La « période normale de nouvelle cotisation » est définie à l'art. 152(3.1) comme prenant fin trois ans suivant le jour de la mise à la poste d'un avis de première cotisation—La deuxième cotisation est valide que la première cotisation ait été mise à la poste ou non—Si la première cotisation a été mise à la poste, la deuxième cotisation en date du 26 février 2006 n'était pas hors délai parce qu'elle a été délivrée dans le délai prescrit de trois ans—Si la première cotisation n'a jamais été mise à la poste, le délai de trois ans n'avait pas commencé à courir lorsque la deuxième cotisation a été délivrée—En conséquence, la décision de la Cour de l'impôt portant que la deuxième cotisation était hors délai était invalide—Appel accueilli.

GRAY C. CANADA (A-20-08, 2008 CAF 284, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 23 septembre 2008, 5 p.)

PÉNALITÉS

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le ministre du Revenu national a refusé de renoncer aux intérêts et aux pénalités découlant de la nouvelle cotisation établie à l'égard des déclarations de revenus du demandeur pour les années 1988-1990 en vertu de l'art. 220(3.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1—L'affaire visait près de 160 000 \$ d'intérêts et de pénalités infligés relativement à de l'impôt non dû par suite de l'application de reports prospectifs de pertes—Il s'agissait de savoir si le ministre avait commis une erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire en vertu des dispositions d'équité pour refuser de renoncer aux intérêts et aux pénalités—L'art. 220(3.1) de la Loi confère au ministre un vaste pouvoir discrétionnaire de renoncer aux pénalités et aux intérêts courus en vertu de la Loi ou de les annuler—L'intimé avait choisi décembre 1996 comme date d'annulation des pénalités et des intérêts sur le fondement de la preuve que le demandeur avait demandé le report prospectif de pertes dès 1996 et que le retard dans l'acceptation du report prospectif des pertes était attribuable en partie à l'omission de l'ARC de communiquer efficacement avec le demandeur pour trancher la question du report prospectif des pertes—Il serait logique et raisonnable que les mêmes motifs s'appliquent à l'intérêt couru sur les pénalités pour production tardive et l'intérêt sur les acomptes provisionnels perçus après décembre 1996—Le demandeur n'était pas exempt de faute quant à l'accumulation de dette—Compte tenu du montant en jeu et de la somme que le demandeur versera néanmoins au titre des intérêts et des pénalités courus avant le 1^{er} décembre 1996, il était juste et équitable que tous les intérêts courus après cette date soient annulés—La décision a été annulée parce qu'elle était déraisonnable—Le montant raisonnable dont le demandeur était redevable au 1^{er} décembre 1996 s'élevait à 71 195,44 \$—Demande accueillie.

SLAU LTD. C. CANADA (AGENCE DU REVENU) (T-2118-07, 2008 CF 1142, juge Kelen, jugement en date du 8 octobre 2008, 21 p.)

PENSIONS

Contrôle judiciaire d'une décision d'un membre de la Commission d'appel des pensions accordant à la défenderesse une prorogation de délai et l'autorisation d'interjeter appel de la décision du Tribunal de révision en date du 27 novembre 2001—La défenderesse a présenté deux demandes de pension d'invalidité qui ont été rejetées par le ministre—La Cour fédérale avait-elle compétence pour statuer sur une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par un membre désigné de la Commission?—Examen de la décision de la Cour d'appel fédérale *Mazzotta c. Canada (Procureur général)*, [2008] 2 R.C.F. 542—Distinction entre une décision rendue par la Commission et celle rendue par un membre désigné de cette dernière—Les décisions rendues par des membres désignés ne sont pas des décisions de la Commission et peuvent donc faire l'objet de contrôle judiciaire par la Cour fédérale—En l'espèce, la Cour avait compétence pour entendre la demande de contrôle judiciaire de la décision rendue par un membre de la Commission—Le membre désigné n'a pas appliqué le test juridique approprié pour accorder la prorogation de délai—Demande accueillie.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. LANDRY (T-163-07, 2008 CF 810, juge Blanchard, jugement en date du 26 juin 2008, 25 p.)